

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE DE SEVILLA



**Régimen Jurídico del personal laboral en la Administración Pública.
La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo**

MEMORIA QUE PRESENTA

Francisco Jesús Sanmartín Casillas

PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD PABLO DE
OLAVIDE DE SEVILLA

DIRECTORA

Esther Carrizosa Prieto

Departamento de Derecho Privado

Docente: FRANCISCO SANDRIN CASILLAS

A stylized handwritten signature in blue ink, featuring several overlapping horizontal strokes and a central vertical element.

Docente: ESTHER CARRIOSA PRIETO

A stylized handwritten signature in blue ink, consisting of a large loop on the left and a series of horizontal strokes on the right.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	9
PRIMERA PARTE.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	
CAPÍTULO I. DUALIDAD DE RÉGIMENES EN EL EMPLEO PÚBLICO.....	16
CAPÍTULO II. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS. DEFINICIÓN Y CLASES DE PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	35
1. Funcionarios de carrera.....	37
2. Funcionarios interinos.....	41
3. Personal eventual.....	52
4. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas....	54
5. Contrato de interinidad por vacante.....	61
6. Similitudes y diferencias entre el contrato de interinidad por vacante y el contrato por tiempo indefinido.....	63
7. El personal directivo profesional.....	65
CAPÍTULO III. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DEL PERSONAL LABORAL.....	67
1. Principios jurídicos que rigen el acceso al empleo público laboral...	67
2. Fuentes aplicables al acceso de los trabajadores laborales al empleo público.....	73

3. Requisitos para el acceso al empleo público por el personal laboral.	75
3.1. El requisito de la nacionalidad.....	76
3.2. Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.....	80
3.3. Tener más de dieciséis años y no exceder en su caso, de la edad de jubilación forzosa.....	85
3.4. No haber sido separado del servicio o hallarse inhabilitado..	86
3.5. Poseer la titulación exigida.....	87
3.6. Otros requisitos.....	88
4. Los órganos de selección.....	88
5. La selección de los empleados públicos laborales.....	93
6. Sistemas selectivos de personal funcionario y laboral.....	95
 CAPÍTULO IV. REGLAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	 100
1. Dualidad de regímenes y limitaciones en materia de negociación colectiva en el ámbito público.....	100
2. Estructura e instrumentos para la negociación colectiva en las Administraciones Públicas.....	106
 CAPÍTULO V. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	 116
1. Extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes...	118
2. Extinción del contrato por voluntad del trabajador.....	119
3. Extinción por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador y por su jubilación.....	119

4. Extinción por muerte, incapacidad y jubilación del empresario, o por la extinción de su personalidad jurídica.....	121
5. Extinción de la relación laboral por fuerza mayor que imposibilite la prestación de trabajo de manera definitiva.....	121
6. Extinción del contrato por las causas válidamente consignadas en el mismo.....	122
7. La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba..	130
8.Extinción del contrato por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción.....	132
9. Extinción del contrato por despido disciplinario.....	143

SEGUNDA PARTE.- LA REESTRUCTURACIÓN EN EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO.

CAPÍTULO VI. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO..... 152

1. Antecedentes del Servicio Andaluz de Empleo y del Sistema Nacional de Empleo.....	152
2. La naturaleza jurídica del SAE como agencia especial y sus consecuencias.....	163

CAPÍTULO VII. LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ..... 178

1. Origen y proceso de reestructuración del sector público andaluz....	178
2. La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo.....	187
3. La constitucionalidad de la reordenación efectuada por la Ley 1/2011, de 17 de febrero: la STC 236/2015, de 19 de noviembre.....	196
4. El régimen de integración del personal en el Servicio Andaluz de Empleo.....	212

CAPÍTULO VIII. LA PROBLEMÁTICA JURISDICCIONAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EN EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO.....	221
1. Las discrepancias judiciales sobre la subrogación del SAE respecto de sus entidades instrumentales.....	221
2. Un dato a tener en cuenta: la distinta naturaleza de los organismos implicados en el conflicto jurisdiccional.....	229
2.1. Las fundaciones en el Sector Público Andaluz.....	231
2.2. Los consorcios en el Sector Público Andaluz.....	233
3. Análisis del despido colectivo del personal de los Consorcios UTEDLT.....	241
4. Análisis de los despidos de los Asesores y Promotores de empleo (Plan PEMO).....	253
5. La incertidumbre sobre las tareas que puede desempeñar el personal laboral subrogado.....	265
 CONCLUSIONES.....	 272
 ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	 285
 BIBLIOGRAFÍA.....	 289

ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
Art. (arts.)	Artículo (artículos)
ALPE	Agentes Locales de Promoción de Empleo
ASAE	Agencia Servicio Andaluz de Empleo
ATE	Áreas Territoriales de Empleo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEA	Confederación de Empresarios de Andalucía
CCOO	Comisiones Obreras
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial (CGPJ)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CSI-CSIF	Central Sindical Independiente de Funcionarios
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril)
EE.LL	Entidades Locales
ERES	Expedientes de Regulación de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)
EURES	European Employment Services
FAFFE	Fundación Andaluza para la Formación y el Empleo
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
IAAP	Instituto Andaluz para la Administración Pública

IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INGESA	Instituto de Gestión Sanitaria
IPI	Itinerario Personalizado de Inserción
LAJA	Ley de la Administración de la Junta de Andalucía (Ley 9/2007, de 22 de octubre)
LBRL	Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre)
LE	Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)
LFA	Ley de Fundaciones de la CCAA de Andalucía (Ley 10/2005, de 31 de mayo)
LFCE	Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero)
LFPA	Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (Ley 6/1985, de 28 de noviembre)
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)
LMRFP	Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto)
LOEX	Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero)
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril)
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre)
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre)
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre)
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre)
LSAE	Ley de Creación del Servicio Andaluz de Empleo (Ley 4/2002, de 16 de diciembre)
OEP	Oferta de Empleo Público

PGE	Presupuestos Generales del Estado
PIB	Producto Interior Bruto
Plan MEMTA	Plan Extraordinario para la Mejora de la Empleabilidad de las Personas Demandantes de Empleo
Plan PEMO	Plan Extraordinario de Medidas de Orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral
RAP	Revista de Administración Pública
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RGDTYSS	Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
RMTEI	Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración
RPDC	Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre)
SAC	Servicio Andaluz de Colocación
SAE	Servicio Andaluz de Empleo
SAFJA	Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía
SNE	Sistema Nacional de Empleo
SPEE	Servicio Público de Empleo Estatal
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TREBEP	Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre)
TRET	Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre)
TRHPJA	Texto Refundido de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo)

TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)
TRLE	Texto Refundido de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre)
TRLRL	Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril)
TS	Tribunal Supremo
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
UE	Unión Europea
USTEA	Unión Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía
UTEDLT	Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico de Andalucía

INTRODUCCIÓN

El estudio sobre la evolución de las normas relativas a la Función Pública y sobre los regímenes jurídicos que forman parte del empleo público en nuestro país, y, en especial, del régimen jurídico laboral, se ha convertido en los últimos años en un tema de especial relevancia.

En el modelo de función pública actual conviven personal funcionario y laboral, encontrándonos con un sistema mixto y dual regido tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Laboral. Con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), aunque se mantiene el sistema dual de empleo público, se produce una mayor aproximación entre ambos regímenes jurídicos, al establecerse una regulación común para todos los empleados públicos sobre determinadas parcelas.

El proceso de reordenación del sector público en Andalucía aprobado por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, ha resultado ser un proceso de gran conflictividad, que ha derivado en sucesivos pronunciamientos judiciales, debido principalmente a la integración del personal laboral desde empresas participadas por la Junta de Andalucía en entidades instrumentales públicas, consideradas Administración Pública, sin haberse realizado a través de un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Este trabajo de investigación tiene su origen en mi inquietud, como empleado público de la Administración Pública andaluza, por analizar la situación en que ha quedado la figura del personal laboral y del funcionario en las Administraciones Públicas tras la aprobación del EBEP. También, en mi preocupación por el gran incremento que se está produciendo en la contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas pues, lejos de excepcional, se está convirtiendo en una práctica habitual, contrariando la regla de que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración sean desempeñados por funcionarios públicos. Gran parte de este trabajo versa sobre cómo ha afectado a la Administración Pública

andaluza, y sobre todo al Servicio Andaluz de Empleo, el proceso de reordenación del sector público andaluz, que ha contribuido a la integración de un gran número de personal laboral procedente de empresas públicas y fundaciones participadas por la Junta de Andalucía en la Administración pública Andaluza.

El objeto del estudio es analizar el régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración Pública, centrándonos de manera especial en la agencia de régimen especial Servicio Andaluz de Empleo, más concretamente, en la situación de incertidumbre y en los conflictos jurídicos que ha sufrido el personal laboral de este organismo en los últimos años, tras la reestructuración del sector público andaluz.

En este sentido, la investigación que presentamos se estructura en seis Capítulos:

En el primer capítulo, analizamos los regímenes jurídicos que forman parte del empleo en las Administraciones Públicas, realizando un breve recorrido sobre la evolución, en nuestro país, de las normas sobre Función Pública, y sobre la interpretación jurisprudencial y doctrinal que nos ha conducido a un sistema mixto y dual de función pública, regido por el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral.

La STS 99/1987, de 11 de junio, es de vital importancia para determinar qué régimen jurídico debe predominar en el personal al servicio de las Administraciones Públicas, si el régimen jurídico estatutario o el laboral, ya que frena, en cierta medida, el proceso de laboralización de las Administraciones Públicas iniciado durante los primeros años de la democracia, e inclinarse por la prevalencia del régimen estatutario en la función pública.

En el segundo capítulo, nos centramos en el concepto y clases de empleados públicos a que hace referencia el EBEP, haciendo especial mención a la figura del personal laboral, distinguiendo entre personal laboral fijo, temporal e indefinido. Del mismo modo, analizamos las diferencias de este personal con respecto a los trabajadores que desarrollan su actividad bajo la dirección de un empleador privado. En el análisis de estas categorías emerge la problemática de la contratación temporal realizada en fraude de ley que ha dado lugar, fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a una nueva clase de personal en las Administraciones Públicas: el

personal laboral indefinido.

El tercer capítulo se dedica al estudio del acceso al empleo público. Destacamos las fuentes aplicables al acceso al empleo público, los requisitos que deberán reunir aquellos que deseen participar en procedimientos selectivos para acceder a la función pública, los sistemas selectivos y los grandes principios de igualdad, mérito y capacidad que constituyen la base para el acceso a la función pública del personal laboral. En el ámbito de la selección de personal en las Administraciones Públicas, el EBEP va a ser de aplicación directa al personal funcionario y laboral.

Aunque con el EBEP se reconocen por primera vez en el Ordenamiento Jurídico español un conjunto de principios rectores para la selección del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, buscándose, de este modo, alcanzar el mismo grado de objetividad en su selección que en la del personal funcionario, no ha dejado de surgir cierta problemática en la aplicación de estos principios en el acceso al empleo público del personal laboral.

El cuarto capítulo se destina a esbozar las reglas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas y las limitaciones que afectan al derecho a la autonomía colectiva de los empleados públicos derivada de los principios constitucionales, como el de reserva de ley, distribución de competencias, cobertura presupuestaria, diferenciando entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

La Mesa General común al personal funcionario y laboral será la competente para negociar aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el TREBEP y otras normas administrativas.

Seguidamente, en el quinto capítulo hemos llevado a cabo un estudio sobre las distintas formas de extinción de los contratos laborales en las Administraciones Públicas. Hemos hecho referencia a las diferencias existentes en materia de despidos cuando el empleador no es una Administración pública sino una empresa privada.

A estos efectos, no podemos olvidar, que el EBEP sólo ha hecho referencia al

despido disciplinario como causa de extinción del contrato de trabajo en la Administración Pública, siendo de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas el resto de supuestos de extinción recogidos en la normativa laboral. Y dentro de esta modalidad de despido disciplinario también hemos analizado la prioridad que otorga el EBEP a la readmisión del personal laboral fijo cuando este sea declarado improcedente.

También, por su importancia, destinamos este capítulo a analizar la complementariedad existente entre el personal laboral indefinido no fijo y el interino por vacante, teniendo en consideración la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como causa de extinción válidamente consignada en el contrato.

Y por último, en el capítulo sexto nos centramos en las políticas en materia de personal llevadas a cabo por el Servicio Andaluz de Empleo tras la reordenación del sector público andaluz. Para ello, estudiamos el proceso de reordenación del sector público andaluz, el régimen jurídico del SAE, la subrogación del personal de la extinta FAFPE y de los Consorcios UTEDLT en el SAE, el despido colectivo del personal de los Consorcios UTEDLT, la extinción de los contratos de los Asesores/as y Promotores/as de Empleo contratados por el SAE para la gestión del Plan PEMO, y, muy especialmente, la jurisprudencia que ha ido surgiendo tras estos procesos.

En este capítulo, por tanto, analizamos cómo surgió y fue llevado a cabo el proceso de agencialización en la Administración de la Junta de Andalucía, y, particularmente, qué consecuencias ha generado este proceso de reestructuración sobre el Servicio Andaluz de Empleo y su personal. Además de la reestructuración del sector público andaluz, también nos hemos centrado en los distintos colectivos de personal que, tras los pronunciamientos judiciales recaídos en la materia de política de personal del SAE, han pasado a formar parte de la agencia SAE.

La dificultad de esta tesis tiene su origen en que se trata, principalmente, de un estudio jurisprudencial, donde hemos tenido que analizar una gran variedad de pronunciamientos judiciales, en muchas ocasiones contradictorios, lo que ha provocado una cierta desigualdad sobre personas con características similares. También en la complejidad de tener que estudiar un marco normativo relativamente

reciente, como es el EBEP, que ha creado figuras nuevas y que enlaza normas de derecho administrativo y laboral, y que, aún sin haberse consolidado, ni haber sido desarrollado por el Estado y por la mayoría de las CCAA, se enfrenta a una crisis económica, donde las Administraciones Públicas se han visto forzadas a tomar decisiones y medidas de manera apresurada sin tener en cuenta las circunstancias que se iban a producir.

Del presente trabajo hemos excluido el estudio del derecho comparado, haciendo únicamente alguna mención a los diferentes sistemas que actualmente regulan el empleo público en algunos países. Con respecto al personal funcionario, solo se realiza un examen parcial en cuanto resulta necesario para comparar su situación con el personal laboral. Tampoco hemos entrado a valorar al resto de personal que, al margen de lo que les pueda ser de aplicación por el EBEP, se rigen por una legislación específica propia, como es el caso del personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las CCAA, personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las CCAA, personal del Centro Nacional de Inteligencia, personal del Banco de España, personal del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, el personal docente, el personal estatutario de los Servicios de Salud, etc. Los motivos por los que no hemos entrado a valorar en profundidad estas materias, es porque si lo hubiéramos hecho, nos habríamos alejado de la panorámica general que queremos ofrecer con esta investigación del personal laboral, y el estudio por extenso sería irrealizable, ya que cada una de esas materias requieren ser tratadas de manera atenta e individualizada.

En cuanto a la metodología de la investigación, hemos llevado a cabo un análisis legal y jurídico, tomando en consideración los distintos pronunciamientos judiciales, centrado principalmente en la normativa en vigor, que aunque no es reciente no tiene el bagaje suficiente para afrontar de forma adecuada las distintas medidas que, como consecuencia de la crisis económica, han afectado a la generalidad de las administraciones públicas. Se trata, en consecuencia, de un estudio básicamente jurisprudencial, en el que se han comparado y analizado con rigor los distintos pronunciamientos con incidencia en la materia, aunque también de un análisis

doctrinal, en que se analizan las distintas posiciones doctrinales con objeto de ofrecer, reiteramos, una visión general del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración pública. .

PRIMERA PARTE

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

CAPÍTULO I. DUALIDAD DE RÉGIMENES EN EL EMPLEO PÚBLICO

En este apartado vamos a realizar una valoración aproximada del régimen o regímenes jurídicos que forman o han formado parte del empleo en las Administraciones Públicas. Para ello, analizaremos cómo han influido las diferentes normas que han sido aprobadas en materia de Función Pública y cuál ha sido la interpretación de la jurisprudencia con carácter general, con especial atención a la doctrina del Tribunal Constitucional, sin dejar de lado las controversias planteadas por parte de la doctrina en esta materia.

En nuestro país, ha existido y, existe una gran controversia por parte de la doctrina sobre qué régimen o regímenes jurídicos deben de ser de aplicación al personal al servicio de las Administraciones Públicas. Unos entienden que debe ser de aplicación un estatuto especial de Derecho Público¹, otros consideran que debe aplicarse el Derecho Laboral² y, finalmente, otros optan por un sistema de carácter mixto, en el que parte del personal se rige por un régimen jurídico y parte por el otro.

En el derecho comparado, existen diferentes sistemas que regulan el empleo en las Administraciones Públicas. Hay países que han optado por un sistema especial de Derecho público, cómo es el caso de Francia, otros han optado por aplicar el Derecho Laboral, cómo ha sucedido en Estados Unidos, Suecia y Suiza, y otros, como Alemania y nuestro país, han elegido un sistema mixto³.

El sistema especial de Derecho público parte de la premisa de que, para que prevalezca el interés público, la posición del Estado en la relación de empleo público debe ser de absoluta supremacía, y la del empleado de especial sujeción. En

¹ Para CÁMARA DEL PORTILLO, D., “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida (Comentario a la Sentencia 99/1987, de 11 de junio)”, *REDA*, núm. 57, 1988, págs. 101 y ss., y atendiendo a lo establecido por nuestra Constitución de 1978, sólo cabe el régimen funcionarial en nuestro modelo de empleo público.

² MARIAL JIMÉNEZ, M., “El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (Un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas)”, *TAL* núm. 36, 1990, págs. 94 y ss., haciendo referencia al principio de igualdad, afirma que ya es hora de que todos los trabajadores de las Administraciones públicas tengan unas condiciones jurídico-laborales similares entre ellos e iguales a las del resto de trabajadores, y para ello todos deben de regirse por el Estatuto de los Trabajadores.

³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 29.

consecuencia, el empleado estaría sometido a una rígida disciplina jerarquizada, sin que sus intereses puedan ser contradictorios a los del Estado, y naciendo los derechos y deberes de cada una de las partes de un vínculo de fidelidad⁴. Por tanto, dentro de este sistema, atendiendo a la posición de desigualdad en que se encuentra empleado con Administración, sólo cabría referirnos a una relación de carácter unilateral, al margen de las obligaciones contractuales, y regida predominantemente por el Derecho Administrativo. Por su parte, el Derecho laboral procura establecer una relación de equilibrio entre los distintos intereses de empresario y trabajador, otorgando al empleador el poder de dirección y organización, mediante instrumentos flexibles que le permiten la consecución de sus fines, y al trabajador un conjunto de garantías y derechos, que le protegen de posibles abusos, y una serie de mecanismos de autotutela colectiva de sus intereses, que le facilitan su defensa y progreso⁵. Por tanto, nos encontramos ante una relación de igualdad, contractual, y regida principalmente por el Derecho del Trabajo. Por otro lado, el sistema mixto está influenciado tanto por el sistema especial de empleo público como por el Derecho laboral, rigiéndose parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas por un ordenamiento jurídico y parte por el otro.

En un principio, se establece una mayor proximidad del régimen jurídico tradicional de Función Pública español hacia el sistema especial de Derecho Público. Más tarde, con el paso de los años y a través de las distintas reformas normativas que se han ido produciendo, y de las que hablaremos más adelante, la función pública española se ha ido transformando, hasta encontrarnos actualmente con un sistema dual en el que conviven personal funcionario y personal laboral.

Aunque existen diferentes opiniones por parte de la doctrina al respecto⁶, en España la coexistencia de funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tiene cierta tradición⁷. Tal como señala López Gómez, el

⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., págs. 29 y 30.

⁵ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público...*, op. cit., pág. 33.

⁶ PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 5ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1991, pág. 358, sitúa el inicio del sistema dual con "la aprobación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, orientándose nuestro sistema de Función Pública hacia otros de inspiración anglosajona, tanto británica como norteamericana".

⁷ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., págs. 34 y 35.

Estatuto de la Función Pública de Bravo Murillo de 1852, marginaba a las llamadas clases subalternas a quienes no reconocía la condición de empleados públicos. El Estatuto López Ballesteros de 1827, aprobado por Real Decreto de 7 de febrero de 1827, sólo aplicable a los empleados de la Real Hacienda, entendía por subalterno a *“los Escribientes y Meritorios de las oficinas de todas clases, los tercerrenistas, estanqueros, tolderos y expendedores de tabaco, los Sobrestantes, capataces, maestros y maestras de labores de tabaco, sales, salitres, azufre y pólvora; los aceñeros, Novieros, Bomberos, Arrimadores, Empajadores, Llenadores y Palcadores de Salinas; los Portereros, Porterías, Ordenanzas y mozos, tanto de las oficinas como de los almacenes y fábricas y finalmente todos aquellos que con diferentes denominaciones solo prestan un servicio material”*, identificándose, por tanto, con los trabajadores manuales, de los oficios y niveles más bajos.

Por tanto, la separación establecida en las dos normas citadas puede llevar al establecimiento de un primer criterio de separación entre los regímenes jurídicos del personal de las Administraciones Públicas. En este sentido se manifiesta Alonso Olea, que señala que el funcionario desde sus orígenes no se ha caracterizado por trabajar con máquinas e instrumentos sobre la materia, sino con y sobre representaciones simbólicas o signos de la materia, básicamente con y sobre el lenguaje oral o escrito, tratándose el funcionario de un trabajador intelectual, o un intelectual al servicio de la Administración⁸.

Más próxima a nuestros tiempos, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964⁹, (en adelante, LFCE) abre las puertas en un sentido más amplio al personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, y así se desprende de la interpretación de su artículo 7.1, que dispone que *“son trabajadores al servicio de la Administración Civil los contratados por ésta con dicho carácter de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”*. Y en su apartado segundo, *“remite a la potestad reglamentaria para autorizar la admisión de trabajadores al servicio de la Administración Civil”*. De la interpretación de esta norma se deduce

⁸ ALONSO OLEA, M., *“Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”*, Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, Civitas, 1989, pág. 53.

⁹ BOE 15 de febrero de 1964, núm. 40.

una mayor inclinación hacia el régimen funcionarial, al quedar reservado el desempeño de determinados puestos de trabajo al personal funcionario, sobre todo aquellos con carácter predominantemente burocráticos y de mayor responsabilidad (arts. 23 y 56), quedando la contratación laboral limitada a aquellas funciones para las que no existían cuerpos de funcionarios.

La aprobación de la LFCE contribuye a un progresivo acercamiento entre los regímenes jurídicos funcionarial y laboral en materia de derechos individuales y colectivos¹⁰. El derecho individual del Trabajo comprende las normas sobre la relación de trabajo y sobre el contrato que la origina; entre ellas, las normas de regulación de condiciones mínimas de trabajo, y sobre las vicisitudes y la extinción del vínculo laboral. Las condiciones de trabajo en sentido estricto comprenden los aspectos de la regulación de la relación de trabajo concernientes a la ejecución de la prestación de trabajo (función laboral, tiempo de trabajo, lugar y medio de trabajo, etc.) y a las contrapartidas de la misma (retribución, beneficios complementarios, etc.); y las condiciones de empleo en sentido estricto se refieren a los aspectos de la regulación de la relación de trabajo atinentes a su duración, vicisitudes y extinción (ingreso, modalidad de contratación, formación, ascensos, movilidad, ceses)¹¹. Por su parte, el derecho colectivo del trabajo se va a ocupar de las formas de organización y representación colectiva de los trabajadores y empresarios (sindicatos, representaciones en las empresas, asociaciones empresariales), de las relaciones desarrolladas entre esos sujetos colectivos (consulta, negociación, participación), de las medidas de presión o conflicto colectivo (huelga, cierre patronal, etc.), e incluso de las relaciones de aquellos sujetos con los poderes públicos, con fines de presión o

¹⁰ CORDERO SAAVEDRA, L., “Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?”, Pamplona, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2000, págs. 1-3. BIB 2000/176. MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *RMTEI* núm. 93, 2011, pág. 15, manifiesta que el Derecho administrativo de la función pública y el Derecho del Trabajo se han influido recíprocamente en la ordenación del personal funcionarial y laboral. Señala que en un principio instituciones administrativas como los ascensos, excedencias, procedimientos disciplinarios etc., han sido aceptadas por la legislación laboral, y más tarde instituciones del Derecho colectivo del Trabajo como la negociación colectiva, los órganos de representación de personal, los procedimientos de conflicto colectivo etc., han sido acogidas dentro de la función pública. En el Título III de la LFCE, en sus Capítulos VI “Derechos de los funcionarios” y IX “Derechos económicos del funcionario,” aparecen regulados derechos de funcionarios.

¹¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo, Vigésima edición*, Madrid, *Tecnos*, 2011, pág. 60.

participación en la política social (diálogo social, concertación, participación institucional)¹².

Con el comienzo del régimen democrático, se produce una crisis de la concepción tradicional del funcionario, en la que el sometimiento del empleado público a un estatuto de especial de sujeción, con predominio absoluto de la voluntad unilateral y supremacía del Estado, negando la posibilidad de contraposición de intereses, ya no tiene sentido. El desarrollo del Estado Social de Derecho, donde los poderes públicos han de velar por la igualdad y el reconocimiento a los funcionarios de los derechos que la Constitución proclama respecto de todos los ciudadanos y, especialmente, de la libertad sindical, huelga y negociación colectiva, lleva implícita la premisa de que entre empleador público y empleado existen intereses distintos, que pueden ser diferentes, y dignos de protección¹³.

Precisamente, va a ser con la aprobación de nuestra Constitución de 1978, cuando surgen las mayores discrepancias por parte de la doctrina¹⁴ sobre qué régimen jurídico debe predominar o ser de aplicación al personal que presta servicios en las Administraciones Públicas, ya que esta no delimita con claridad el modelo público por el que se opta¹⁵.

La Constitución Española, (en adelante, CE), sólo menciona a la función pública en los siguientes preceptos: art. 103.3, que dispone que “*la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los*

¹² *Fuentes del Derecho: Caracterización del Derecho del Trabajo*, Aranzadi, DOC 2003/3.

¹³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 39 y 40.

¹⁴ Mientras parte de la doctrina considera que el texto constitucional se inclina a favor de un régimen jurídico funcional de Derecho público (PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II...op. cit.*, pág. 377. CÁMARA DEL PORTILLO, D., “La función pública ante el Tribunal Constitucional...”, op. cit., págs. 101 y ss. DEL SAZ, S., “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *RAP* núm. 133, págs. 57 y ss.), otros no admiten la existencia de un Régimen especial de Derecho Administrativo distinto al del resto de los trabajadores (MARIAL JIMÉNEZ, M., “El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (Un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas de Administración Local*, núm. 37, 1990, págs. 92- 132), y otro sector doctrinal se inclina por la tesis de la neutralidad de la Constitución, dejando en manos del legislador precisar en qué ámbitos pueden desempeñar su actividad funcionarios y laborales (SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 47 y ss. LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1995, p. 83).

¹⁵ CORDERO SAAVEDRA, L., “Laborales y funcionarios...”, op. cit., p. 3.

principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones"; y art. 149.1.18 que *"atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios"*. Por su parte, el art. 23.2 *"reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que establezcan las leyes"*¹⁶. En consecuencia, la Constitución no hace referencia expresa al personal laboral que presta servicios a la Administración Pública, pero sí distingue entre el Estatuto de los Funcionarios Públicos y el de los demás trabajadores (arts. 35.2 y 149.1.7).

Podríamos decir que sobre estos preceptos se articula la discusión sobre el modelo de función pública adoptado por el constituyente, y, como establece José María Campos Daroca, que han servido tanto para que se abogue por la naturaleza exclusivamente estatutaria de la relación de empleo, excluyendo la posibilidad de que la Administración contrate en régimen laboral, como para justificar la constitucionalidad de la existencia de un modelo dual en el que coexistan funcionarios y laborales.

Con la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública¹⁷, (en adelante, LMRFP), se busca una reforma de la función pública tradicional española. Y tanto es así, que la Ley trabaja con la hipótesis de la coexistencia de personal laboral y funcionario, sin optar por un tipo u otro.

La redacción original de su artículo 15 establecía *"que el Ministro de la Presidencia, al elaborar las relaciones de puestos de trabajo, debía especificar los puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos"*, pudiéndose cubrir, por tanto, el resto de puestos con trabajadores sometidos al régimen jurídico laboral.

¹⁶ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales, y extinción de la relación laboral*, Málaga, Fundación Asesores Locales, 2011, p. 19.

¹⁷ BOE 3 de agosto de 1984, núm. 185.

La lectura de este artículo puede llevar a considerar que el legislador, no sólo, permite la incorporación de personal laboral en la Administración, sino que, entendiéndose la reserva a la que hace alusión como regla de excepción, podría tratarse de la opción general por la que se decantaba¹⁸.

Sea como fuere, lo cierto es que en la misma línea establecida en el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960, se dota a los órganos administrativos de poderes discrecionales en la elección de la modalidad de personal al servicio de las Administraciones Públicas¹⁹.

En este sentido, con la Ley 30/1984, se permite la convivencia tanto del régimen jurídico funcionarial, regido por el Derecho Administrativo, como del régimen jurídico del personal laboral, regido por el Derecho Laboral, facilitándose de este modo el crecimiento del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas²⁰, hasta el punto de que en el año 1988 el personal laboral en el sector público estatal llegaba hasta casi el 50 % del personal²¹.

Esta discrecionalidad es duramente criticada por parte de la doctrina,²² que considera que es contraria a la reserva legal en el acceso a la función pública establecida en el artículo 103.3 de nuestra Constitución. Como consecuencia de la

¹⁸ En este sentido, parte de la doctrina entendía que para el artículo 15 la laboralización era la regla y la funcionarización la excepción. Así, CARRASCO CANALS, C., “La Función Pública española en la actualidad. (La reforma y perspectivas de futuro)”, *RAP* núm. 107, 1985, pág. 303, hace mención a que la LMRFP mantiene una vocación netamente laboralizadora de la Función Pública y habla con preferencia de personal y no de funcionarios. CORDERO SAAVEDRA, L., “Laborales y funcionarios al servicio...”, op. cit., pág. 4, manifiesta que bien parecía que representaba la opción general por la que se decantaba. Del mismo modo, MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 198, hace alusión a que el término empleado “*reservarán a los funcionarios*” se interpretó como signo de excepción.

¹⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 42-44.

²⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 42.

²¹ A partir de 1990 se produce un descenso continuado en la evolución del empleo en el Sector público estatal administrativo, debido a las transferencias de personal a otros ámbitos institucionales, al cambio de naturaleza jurídica de determinados Organismos y a la reducción de las incorporaciones de personal. En diciembre de 1999, según la Intervención General del Estado (IGAE), [“Personal al servicio del Sector Público Estatal del año 1999” (Documento disponible en internet en <http://www.pap.minhap.gob.es>)], la Administración civil del Estado cuenta con 323117 funcionarios, lo que supone el 77,8% y con 88581 contratados laborales que suponen el 21,3%.

²² SUAY RINCÓN, “La reforma de la Función Pública. Su impacto sobre la burocracia española”, *REDA*, núm. 56, 1987, págs. 511 y ss., manifiesta que en la determinación de los puestos de trabajo que se reservan a funcionarios y laborales, la Ley, únicamente, dispone que en la relación de los puestos de trabajo ha de constar la modalidad bajo la que en concreto se accede a los puestos de trabajo, no estableciendo ningún criterio que haya de presidir la elección.

regulación del ámbito autonómico y local surgen ciertos límites a esa total discrecionalidad por parte de la Administración. El art. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local²³, (en adelante, LBRL), que fue derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el EBEP²⁴, siendo este a su vez derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público²⁵, (en adelante, TREBEP), *“reservaba a los funcionarios con exclusividad una serie de funciones públicas, entre las que destacan: las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública, las de control y fiscalización interna de la gestión económica- financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y aquellas para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*. Más tarde, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local²⁶, modifica la LBRL, introduciendo una nueva redacción del art. 92.2: *“con carácter general los puestos de trabajo en la Administración Local y sus organismos autónomos serán desempeñados por funcionarios”*²⁷. Del mismo modo, en su redacción original el artículo 12 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la Función Pública de la Junta de Andalucía²⁸, (en adelante, LFPA), dispuso que *“se adscribirán en todo caso, a funcionarios los puestos que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recurso en vía administrativa o contencioso-administrativa”*. También en su exposición de motivos reservó a los funcionarios las actividades administrativas que impliquen ejercicio de autoridad²⁹.

El proceso de laboralización de la Administración Pública iniciado durante los

²³ BOE 3 de abril de 1985, núm. 80.

²⁴ BOE 13 de abril de 2007, núm. 89.

²⁵ BOE 31 de octubre de 2015, núm. 261; rect. BOE 20/11/2015, núm. 278.

²⁶ BOE 30 de diciembre de 2013, núm. 312.

²⁷ Esta Ley también modifica el art. 92. 3 disponiendo que *“corresponderá exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración Local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales”*. Del mismo modo, enumera una serie de funciones públicas que quedan reservadas a los funcionarios de carrera, entre estas: *“las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*.

²⁸ BOE 18 de diciembre de 1985, núm. 302.

²⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 42-43.

primeros años de la democracia, se frenó considerablemente con la STC 99/1987, de 11 junio, que declara inconstitucional el último inciso del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, que confería al Ministro de la Presidencia la facultad de determinar los puestos de trabajo que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservaban a los funcionarios³⁰. La doctrina del Tribunal Constitucional intenta marcar una diferencia básica entre el estatuto de los funcionarios (art. 103.3 CE) y el estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE). Para ello, define la relación que vincula al funcionario con la Administración, como una relación objetiva cuyo contenido está determinado legal y reglamentariamente, y que vincula al funcionario desde que acepta incorporarse a la función pública. Esta situación puede ser alterada por el legislador, frente al que no cabe oponer derechos adquiridos, de manera que el funcionario frente a la Administración ostenta los derechos que legalmente le sean reconocidos, pero frente al legislador no ostenta el derecho, sino la simple expectativa a que los derechos que tenga legalmente reconocidos continúen tal como se encontraban cuando ingresó. Se trata, por tanto, de relaciones surgidas de un acto de aceptación o sumisión tanto al orden legal vigente como a las consecuencias de su modificación³¹.

Podemos decir, que el pronunciamiento realiza una primera interpretación sobre el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública establecido por la Constitución, y así se desprende al afirmar que, tras optar la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts.103.3 y 149.1.18), tendrá que ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública, correspondiendo, por tanto, sólo a esta la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de la Administraciones Públicas, y garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, lo que descarta todo apoderamiento a la potestad reglamentaria para sustituir la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda³².

Por tanto, concluye el pronunciamiento, el artículo 15 de la LMRFP confiere al

³⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 44.

³¹ SAINZ MORENO, F., "El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988", *RAP* núm. 117, págs. 352-354.

³² STC 99,1987, F.J 3º, c y d.

Ministerio de la Presidencia una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 de la Constitución y una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, crucial para la estructura de las Administraciones Públicas, condiciones y límites materiales para las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración³³.

De manera que, de lo establecido por esta Sentencia se deduce que, para el Tribunal Constitucional y desde el punto de vista constitucional, son admisibles otros regímenes de personal al servicio de las Administraciones Públicas además del funcionarial.

Más tarde, y aceptando la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1987, la Ley 23/1988, de 28 de julio³⁴, de modificación de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aboga por un modelo que ha de descansar principalmente sobre el régimen funcionarial, y procede a enumerar aquellos supuestos en que los puestos de trabajo podrán ser ocupados por sujetos distintos de los funcionarios³⁵. Así queda establecido en la nueva redacción del art. 15.1.c) de la LMRFP, que exige con carácter general, que los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean desempeñados por funcionarios públicos. Por otro lado, fija los puestos de trabajo susceptibles de ser desempeñados por personal laboral, entre estos: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de vigilancia, custodia, porteo y análogos; los de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los de las áreas de expresión artística, servicios sociales y protección de menores; aquellos que requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos de funcionarios con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el

³³ SAINZ MORENO, F., “El Estatuto de la Función Pública...”, op. cit., pág., 358.

³⁴ BOE 29 de julio de 1988, núm. 181.

³⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, IAAP, 2006, págs. 81 y 82.

extranjero.

Estas excepciones no implican que esos puestos sean reservados al personal laboral, sino la posibilidad de que puedan ser desempeñados por estos, permitiendo su desempeño tanto por funcionarios como por personal laboral³⁶.

Por su parte, el apartado 1 e) del art. 15 de la LMRFP estableció que corresponde a los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda la aprobación conjunta de las relaciones de puestos de trabajo. Por tanto, parece que se deja nuevamente en manos de la Administración la determinación de en qué casos los puestos de trabajo serán desempeñados por funcionarios y en cuáles por personal laboral, pudiendo surgir de nuevo las dudas sobre si se puede estar infringiendo la reserva legal establecida constitucionalmente.

De lo expuesto hasta el momento, debemos insistir en que la Constitución hace referencia por un lado a un Estatuto de los funcionarios públicos (arts. 103.3 y 149.1.18ª) y por otro a un Estatuto de los trabajadores (arts. 35.2), y ambos deberán ser regulados a través de ley.

La Constitución no dice que ese estatuto funcionarial se deba alejar de los principios democráticos inspirados en nuestro Estado social, para hacer valer la supremacía del Estado sobre el empleado de la Administración Pública, ni se opone a la contraposición de intereses que puedan aparecer entre Administración y funcionariado. Más bien, y como así ha ocurrido, atendiendo a la igualdad que propugna nuestro régimen democrático para todos los ciudadanos, el empleado funcionario, regido por el Derecho Administrativo, ha ido adquiriendo los derechos del resto de los trabajadores, regulados por el Derecho Laboral. De ahí, y atendiendo a que la relación funcionarial no es más que un trabajo retribuido por cuenta y bajo la dependencia de un empleador, se podría deducir que cada vez la separación entre ambos regímenes jurídicos sea menor³⁷.

Pero, no en vano, la Constitución muestra por separado al Estatuto de los

³⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2011, pág. 45.

³⁷ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 71-76.

Funcionarios Públicos del de los Trabajadores. Del contenido de su artículo 103 se desprende que existe un distanciamiento, en mayor o menor medida, entre el Estatuto de los Trabajadores y el de los Funcionarios: acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, frente a la libre contratación- art. 38 CE-; las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, frente a la libertad sindical plena -art. 28 CE- el sistema de incompatibilidades, frente a la libertad profesional -art. 35 CE- y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio las funciones públicas; todo ello con la finalidad de garantizar los principios que deben presidir la actuación de la Administración (art. 103.1 CE)³⁸.

Parece que con la redacción del artículo 103 de nuestra Constitución, el constituyente pretende garantizar la imparcialidad en la prestación de servicios por el personal al servicio de la Administración; otorga una supremacía al principio de igualdad en el acceso a la función pública, a través de los principios de mérito y capacidad, para que todos los ciudadanos puedan acceder a un puesto público en las mismas condiciones; y adopta ciertos límites, como en el ejercicio del derecho a sindicación y en el sistema de incompatibilidades, para que los servidores públicos, en cierta medida, se encuentren siempre vinculados al interés general³⁹.

Podemos deducir que el principio de igualdad es clave a la hora de definir la relación de servicios profesionales en las Administraciones Públicas y que los principios de mérito y capacidad son los instrumentos que permiten dar un adecuado cumplimiento al principio de igualdad en el acceso al empleo público⁴⁰. Y así lo

³⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 71.

³⁹ MONTROYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito...”, op. cit., pág. 26, expresa que, el régimen de incompatibilidades obedece al principio de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, principio inspirado en la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y en la imparcialidad y el interés común, al margen de otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, extiende su ámbito a todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo (art. 2.2.)

⁴⁰ En este sentido, SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 46, hace alusión a que la Administración está llamada a cumplir una función institucional, de servicio de los intereses generales con objetividad, y que en el ejercicio de su función tendrá que obrar con criterios no partidistas, sino objetivos e impersonales, de legalidad y eficacia. Y por ello, el art. 103.3 CE garantiza al personal al servicio de la Administración un estatuto profesional de la función pública, reflejado en los criterios de mérito y capacidad como los únicos que deben regir el acceso a la función pública y en la garantía de la imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones.

estima el Tribunal Constitucional en las Sentencias 50/1986, de 23 de abril (F.J. 4) y 193/1987, de 9 de diciembre (F.J. 5), al imponer la obligación de no exigir para el acceso a la función pública ningún requisito o condición que no haga referencia a los principios de mérito y capacidad. De modo que, estos principios han de servir de guía a la Administración en el acceso al empleo público⁴¹.

Es necesario hacer hincapié en las distintas matizaciones establecidas por el Tribunal Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia, con respecto a la aplicación del principio de igualdad (art. 23.2 CE), en relación con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), en el acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional ha negado la extensión del artículo 23.2 CE a la selección de personal laboral en las Administraciones Públicas⁴². Y así lo establece en reiterada jurisprudencia. La STC 132/2005, de 23 de mayo, en su fundamento jurídico 2, alude que *“el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas, porque las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa este artículo son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos”*⁴³.

Discrepa con esta interpretación del Tribunal Constitucional, excesivamente restrictiva, la mayoría de la doctrina, que no comparte la exclusión del personal laboral del derecho de igualdad en el acceso a la Función Pública del art. 23.2 CE.

Sánchez Morón considera que *“esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional carece de base sólida, pues el empleo público laboral implica el desempeño de una*

⁴¹ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *RMTEI* núm. 93, 2011, pág. 56.

⁴² La STC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2 (RTC 1993, 281), hace mención a que *“el trato discriminatorio en la contratación de personal laboral por las Administraciones, sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el art. 14 CE, del que el art. 23.2 no es sino una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas”*. En el mismo sentido, la STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 (RTC 2004, 86), tras manifestar que el derecho fundamental del art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas, concluye que el análisis de la posible vulneración del principio de igualdad ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE.

⁴³ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 101-103.

*función pública y lo que importa en base al art. 23.2. CE es que, en todos los casos, los ciudadanos se encuentren en situación de igualdad*⁴⁴. También Sala Franco estima que si bien el art. 103.3 se refiere exclusivamente a los funcionarios, “no ocurre lo mismo con el artículo 23.2 CE que por su literalidad, ubicación y finalidad parece tener un contenido más amplio, siendo aplicable a las dos técnicas jurídicas a utilizar por la Administración Pública para instrumentar las relaciones con su personal, esto es, la funcionarial y la laboral”⁴⁵. Por su parte, López Gómez no entiende que el recurso a la interpretación literal deba llevar a excluir de los arts. 23.2 y 103.3 CE al personal laboral de las Administraciones Públicas, ya que esta no aporta datos suficientes que permitan resolver de forma categórica. Subraya que existen suficientes razones para concluir que la Constitución exige la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, entendidas en sentido amplio, esto es, incluyendo tanto las relaciones funcionariales como las laborales en las Administraciones Públicas⁴⁶.

Por su parte, desde aproximadamente el año 1984, la jurisprudencia ha ido aplicando los principios de igualdad, mérito y capacidad a las relaciones laborales para el acceso a la función pública. El Tribunal Supremo ha considerado en varios pronunciamientos aplicable los artículos 23.2 y 103 de la Constitución a las relaciones laborales de las Administraciones Públicas. En Sentencia de 24 de abril de 1986, F 5, (RJ 1986,2244), hace alusión a que la incorporación de personal laboral temporal como fijo de plantilla al servicio de la Administración Pública, por el mero hecho de que su contrato pudiera haber rebasado los plazos legales de temporalidad, vulneraría las reglas de acceso a la función pública y el principio de igualdad de oportunidades, reglas y principios consagrados en nuestra Constitución, con grave daño a los intereses públicos, considerándolo atentado a los derechos inherentes a cualquier ciudadano. Por su parte, la STS de 18 de marzo de 1991, F.3 (RJ 1991,1875), aun manteniendo que las irregularidades formales en que puedan

⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 402.

⁴⁵ SALA FRANCO, T., “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial* núm. 3, 1986, pág. 159; LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 104-105.

⁴⁶ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 105-109.

incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, ya que han de respetarse los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad a favor de todos los que deseen acceder a la función pública, abre una nueva línea de interpretación al añadir que todo lo anterior no quiere decir que las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos laborales temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual choca con el principio constitucional de legalidad; y que tampoco existe prohibición de que dichas Administraciones puedan resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo de carácter administrativo que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios. También, los Tribunales Superiores de Justicia han dejado constancia de estas nuevas líneas de interpretación en sus pronunciamientos⁴⁷.

Se considera, por tanto, que la referencia a los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas no son más que una consecuencia lógica de los principios de igualdad y objetividad de la Administración, llevado al campo de la selección de personal⁴⁸.

El principio de objetividad busca garantizar la efectiva neutralidad política de la Administración al servicio de los intereses generales por encima de la sucesión en el tiempo de las distintas opciones políticas en el Gobierno. La función pública representa la estabilidad frente a los cambios políticos, garantiza la imparcialidad y, por ello, la garantía de imparcialidad se extiende a todo el personal al servicio de la Administración, en tanto en cuanto son elementos integradores de la globalidad del

⁴⁷ La STSJ de Madrid, de 16 de septiembre de 1994, F. Único (AS 1994\3614), hace mención a que una reciente línea sentada por las SSTS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\1875), 27 de enero y 27 de julio de 1992 (RJ 1992\75 y RJ 1992\5663), seguidas ya por las de esta Sala de 28 de diciembre de 1992 (AS 1992\6277), 1 de diciembre de 1993 (AS 1993\5521), “han obligado al cambio de criterio al precisar que no existe prohibición alguna de que las Administraciones Públicas puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, lo que no les excusa de respetar lo prevenido en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, si bien con la salvedad obvia de que la fijeza que pudiera alcanzarse no permite alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa, produciendo la integración del trabajador en el marco funcional”.

⁴⁸ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 107.

aparato decisorio del Estado⁴⁹. Además, se deben extender los principios de igualdad, mérito y capacidad a todas las posibles fórmulas de empleo mediante las que se puedan desarrollar funciones públicas, garantizándose de este modo la neutralidad política de la Administración⁵⁰.

Por consiguiente, en el principio de objetividad de la Administración Pública se encuentra la clave de la neutralidad política. Y a fin de que la Administración tenga un carácter meramente instrumental, el personal que presta servicios en las organizaciones públicas debe ser neutral en el desempeño de sus tareas.

De lo argumentado hasta el momento, debemos recordar nuevamente que la Constitución establece una reserva de ley estatal para regular las bases del Estatuto de los Funcionarios Públicos y que el acceso a la función pública habrá de hacerse respetando, en todo caso, los principios de mérito y capacidad, pero también debemos recordar que en ningún momento hace mención a un régimen funcional exclusivo para todos los empleados de la Administración, quedando, de este modo, abiertas las puertas al sistema dual actual⁵¹.

En relación a la reserva de ley establecida por la Constitución en el art. 103.3, habrá que someterse a lo que dispongan las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP (art. 11.2 del TREBEP), respetando siempre que el ejercicio de funciones que impliquen la participación en algún tipo de potestad pública o en la salvaguarda de los intereses generales corresponda de manera exclusiva a los funcionarios públicos (art. 9.2 TREBEP)⁵². Aunque, con el desarrollo del TREBEP por las leyes de función pública estatal y autonómicas, el problema de la delimitación

⁴⁹ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 107.

⁵⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 107 y 108.

⁵¹ Ramón Parada no lo entiende así (PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II...*, op. cit., pág. 377); para este autor, nuestra Constitución (a diferencia de la Constitución de la República Federal Alemana que regula esta cuestión) no contempla la posibilidad de una sujeción al Derecho laboral de los empleados de las Administraciones Públicas, mencionando únicamente el sistema de función pública. Afirma que si nuestra Constitución no distingue entre ambos regímenes, habiendo tenido sus redactores el claro ejemplo alemán, no parece lícito que el legislador ordinario pueda establecer esa dualidad de regímenes para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

⁵² SEMPERE NAVARRO, A., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 122, alude a que las leyes para la Administración del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las que regulen la Administración local serán las que determinen en cada caso las funciones que correspondan a cada funcionario y al personal laboral, con el único límite básico cual es la reserva a los funcionarios del ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad o soberanía.

de puestos de trabajo que corresponden a personal laboral y a funcionarios no queda resuelto, ya que, una vez establecidos los puestos que son atribuidos de manera exclusiva al personal funcionario, para el resto de puestos rige la regla general de la funcionarización frente a la excepción de la laboralización⁵³.

Atendiendo al principio de eficacia, López Gómez señala que parte de la doctrina considera que las técnicas de gestión de personal propias del derecho laboral resultan más flexibles y eficaces que las del derecho administrativo⁵⁴, sometidos sus actos a un procedimiento pensado más en garantía del administrado que respecto a las relaciones laborales⁵⁵.

Pese a los límites enunciados por la STC 99/1987, de 11 de junio y, más tarde, reconocidos en la Ley 23/1988, la contratación de personal laboral en el marco de la actuación de la Administración Pública, lejos de excepcional, se ha convertido en una práctica habitual⁵⁶.

La progresiva ampliación del campo de actuación de la Administración, extendiéndose más allá de sus parcelas tradicionales ha podido llevar a la ampliación del número de quienes han de actuar muchas veces a través de normas diferentes a las administrativas. El creciente intervencionismo de los poderes públicos en la producción de bienes y servicios, semejantes a cuantos se prestan por las empresas privadas, y la búsqueda de fórmulas destinadas a garantizar una mayor eficacia y calidad, ha provocado la utilización de normas y técnicas propias del mundo privado

⁵³ SALA FRANCO, T., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 21.

⁵⁴ Para PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II...*, op. cit., pág. 377, este principio queda más garantizado con un régimen de Derecho administrativo, creado para asegurar la prioridad y superioridad de los intereses y necesidades del servicio, que con un régimen laboral, nacido con una finalidad protectora de los intereses de los trabajadores.

⁵⁵ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., p.125.

⁵⁶ Según el Boletín Estadístico del Registro Central de Personal (M.A.P), de 1 de julio de 2000, el porcentaje de efectivos por Ministerio y categoría de personal inscritos en el Registro Central de Personal es el siguiente: Funcionarios de carrera: 73,2 %, Personal laboral: 25,3% y otro personal: 1,5%. Y en enero de 2011, los efectivos de personal de la Administración Pública (Administración Pública Estatal. Comunidades Autónomas, Administración Local y Universidades) se situaban en: Funcionarios de carrera: 1.638.175, personal laboral: 693.781 y otro personal: 351414, representando el personal laboral el 25,85% y el personal funcionario de carrera el 61,04% del total.

en la gestión de lo público, aun manteniendo su titularidad⁵⁷.

Parece ser que hasta el año 2007, con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que aprueba el EBEP, no se da verdadero cumplimiento al mandato constitucional del artículo 103.3 de nuestra Constitución⁵⁸. El EBEP, partiendo del principio constitucional de que el régimen general de empleo público en nuestro país es el funcionarial, mantiene la dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁹.

En su exposición de motivos reconoce, que las Administraciones siguen teniendo interés en emplear en determinadas áreas personal laboral, dada la mayor flexibilidad del contrato de trabajo sobre la relación administrativa, que permite utilizar en el sector público criterios de gestión próximos a los de la empresa privada. De la misma manera, hace alusión a que por imperativo legal el régimen de contratación laboral “*no puede ser...el régimen general del empleo público en nuestro país*”. Es más, el artículo 9.2, atribuye determinados cometidos en exclusiva a los funcionarios públicos, entre ellos, las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas⁶⁰.

El EBEP introduce en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de empleado público, y así lo define en el apartado primero de su art. 8: “*son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales*”. Por su parte, en el apartado segundo de ese mismo artículo clasifica a los empleados públicos en “*funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y personal eventual*”. También, hay que señalar que pasa a regular de forma conjunta una serie de principios, derechos y obligaciones para todos los empleados públicos cualquiera que sea su régimen que distingue a los empleados públicos, en general, de las personas

⁵⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal...* op. cit., págs. 82 y 83.

⁵⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág.27.

⁵⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 46.

⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones...”, op. cit., pág. 17.

que trabajan en el sector privado⁶¹.

Es de destacar, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 103.3 de nuestra Constitución, que el EBEP (arts. 55 y ss.), regule la forma de acceso a la función pública de todos los empleados públicos, reconociéndose por primera vez en el Ordenamiento Jurídico para el personal laboral un conjunto de principios rectores necesarios para efectuar su selección. Con ello se pretende que el procedimiento de selección alcance el mismo grado de objetividad y garantía que el del funcionario público⁶².

⁶¹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...* op. cit. pág. 46.

⁶² DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...” op. cit., pág. 57.

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS. DEFINICIÓN Y CLASES DE PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El TREBEP utiliza el concepto genérico de empleados públicos para referirse a los distintos tipos de personal que prestan servicios en las Administraciones Públicas⁶³. Así, el artículo 8.1 define a los empleados públicos como “*aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”. Sánchez Morón considera que esta definición no es del todo completa, pues falta en ella la nota de profesionalidad que permite distinguir a los empleados públicos de quienes desempeñan cargos electivos o de gobierno en el ámbito del poder ejecutivo⁶⁴. Esta definición es completada por el artículo 8.2 del TREBEP, que clasifica a los empleados públicos en: “*a) funcionarios de carrera; b) funcionarios interinos; c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; d) personal eventual*”.

Pero no son empleados públicos aquellos profesionales y empleados que trabajan para la Administración en virtud de un contrato de servicios, regulado en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁶⁵, (en adelante, TRLCSP), ya que no forman parte de la organización administrativa sino de una empresa privada que contrata con la Administración. El artículo 275.1 del TRLCSP dispone que “*no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos*”⁶⁶.

Por otro lado, la vinculación de la definición de empleado público a la prestación de servicios en una Administración Pública ha de ser matizada. Por Administración Pública entendemos, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶⁷, (en

⁶³ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., pág. 89.

⁶⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho de la Función Pública*”, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 61.

⁶⁵ BOE 16 de noviembre de 2011, núm. 276; rect. BOE 3 de febrero de 2012, núm. 29.

⁶⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho de la Función...*”, op. cit. pág. 62.

⁶⁷ BOE 2 de octubre de 2015, núm. 236.

adelante, LPAC), y atendiendo al ámbito de aplicación del TREBEP establecido por su artículo 2.1: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades que integran la Administración Local (municipios, provincias, cabildos y consejos insulares, comarcas, mancomunidades, áreas metropolitanas, entidades locales menores, etc.). Se incluyen también las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia dependientes de cualquiera de las anteriores o vinculadas a ellas (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, Agencias, Administraciones u organismos independientes, consorcios públicos y entes públicos de variado tipo, incluida la Seguridad Social y sus Entidades Gestoras)⁶⁸.

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁶⁹, (en adelante, LOFAGE), actualmente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁷⁰, (en adelante, LRJSP), en su exposición de motivos hacía mención a que dentro de la denominación de Organismos Públicos se agrupa a todas las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, y distingue entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Los organismos autónomos realizan actividades fundamentalmente administrativas y están sometidos al Derecho público⁷¹, mientras que las entidades públicas empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando se rigen con carácter general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento. Por tanto, los organismos públicos tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y

⁶⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit., págs. 62 y 63.

⁶⁹ BOE 15 de abril de 1997, núm. 90.

⁷⁰ BOE 2 de octubre de 2015, núm. 236.

⁷¹ El art. 45. 1 de la LOFAGE disponía que “*los organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos*”.

autonomía de gestión, así lo establecía el artículo 42 de esta Ley. El artículo 43 de la LOFAGE, incluía dentro de la clasificación de organismos públicos, además de a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, a las Agencias Estatales que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la LOFAGE.

Pero en el empleo público se integran también otras personas que, aunque no forman parte de la Administración Pública, desempeñan sus funciones profesionales al servicio de órganos públicos previstos en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía, como es el caso de funcionarios y empleados de las Cortes Generales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas e instituciones análogas en las Comunidades Autónomas y del Consejo General del Poder Judicial⁷².

En cambio, no forman parte del concepto de Administración Pública las denominadas empresas públicas, que son personas jurídicas que adoptan naturaleza privada (de sociedad mercantil, por lo común), dependientes de una Administración Pública directa o indirectamente, mediante el control de la totalidad o mayoría del capital societario, ni las fundaciones del sector público. Por tanto, el personal de estos entes, que integran el sector público empresarial y fundacional, no forma parte del empleo público desde un plano estrictamente jurídico⁷³.

A lo largo de este capítulo vamos a realizar un análisis y un recorrido por cada una de las modalidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas que integran el concepto de empleado público.

1. Funcionarios de carrera

El colectivo de funcionarios de carrera, de entre los efectivos de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sigue siendo el más representativo. De un total de 2.523.413 empleados públicos, 1.534.795 son funcionarios públicos, lo que

⁷² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit. págs. 62 y 63.

⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit. pág. 62, BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Régimen jurídico del proceso selectivo restringido*, Barcelona, Cedecs, 2005, pág. 32.

representa el 60,82% del total⁷⁴.

El artículo 130.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local⁷⁵ (en adelante, TRLRL), define a los funcionarios de carrera de la Administración Local como “*aquellos que, en virtud de nombramiento legal, desempeñen servicios de carácter permanente en una Entidad Local, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal del presupuesto de las Corporaciones*”.

Por su parte, el artículo 9.1 del TREBEP dispone que “*son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”. De esta definición debemos desglosar las siguientes notas características:

1º) El funcionario adquiere su condición en virtud de un *nombramiento legal*, es decir, por un acto administrativo, no por un contrato o acuerdo inter partes como ocurre en el Derecho privado, sin perjuicio de que sea precisa la aceptación del funcionario en la toma de posesión, que deberá producirse dentro del plazo establecido⁷⁶.

2º) La relación que une al funcionario con la Administración es de *naturaleza estatutaria*, lo que supone que su contenido no es fruto de la libre negociación entre las partes, sino de la normativa administrativa vigente en cada momento, sin perjuicio del gran avance que la negociación colectiva ha venido manifestando en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos desde la LMRFP y que el TREBEP ha regulado de manera detallada en su Capítulo IV del Título III⁷⁷. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 293/1993, FJ 3º (RTC

⁷⁴ Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Registro Central de Personal, Julio de 2016, <http://www.sefp.minhfp.gob.es/>

⁷⁵ BOE 22 de abril de 1986, núm. 96, rect. BOE 11 julio de 1986, núm. 165, y BOE 25 noviembre 1986, núm. 282.

⁷⁶ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo...*, op. cit., pág. 22.

⁷⁷ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo...*, op. cit., págs. 22 y 23.

1993/293), ha afirmado que *“el funcionario al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en los que se hallaba al tiempo de su ingreso”*.

También entiende este Tribunal que *“al amparo del principio de igualdad y por comparación con situaciones pasadas, no puede pretenderse paralizar las reformas orgánicas y funcionales que decidan las Administraciones Públicas, las cuales disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio”*⁷⁸.

3º) Como ya hemos referido anteriormente, la cualidad de la *profesionalidad* va a permitir diferenciar y excluir de la condición de funcionario al personal que se encuentra vinculado a la Administración por desarrollar una actividad de carácter político. Entre estos, podríamos destacar la figura del Alto Cargo, a la que hace referencia el art. 17. 2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía⁷⁹, (en adelante, LAJA), que dispone que *“las personas titulares de los órganos superiores y directivos tendrán la consideración de altos cargos”*⁸⁰. Por su parte, el art. 16, en sus apartados 2 y 3, establece que la Consejería es el órgano superior y que son órganos directivos centrales la Viceconsejería, Secretaría General, Secretaría General Técnica y Dirección General y que son órganos directivos periféricos la Delegación del Gobierno de la Junta, la Delegación Provincial de la Consejería y, en su caso, la Delegación Territorial. En cuanto a sus funciones, el art. 17. 1 dispone que *“corresponde a los órganos superiores la planificación y superior coordinación de la organización situada bajo su responsabilidad, y a los órganos directivos su ejecución y puesta en práctica, así como la dirección inmediata de los órganos y unidades administrativas que le están*

⁷⁸ STC 293,1993, de 18 de octubre (RTC 1993/293), F.J 3º.

⁷⁹ BO. Junta de Andalucía, (en adelante, BOJA), 31 de octubre de 2007, núm. 215.

⁸⁰ En el ámbito de la Administración General del Estado, la LOFAGE en su art. 6 define a los órganos superiores y directivos, y en el apartado quinto de este artículo establece que los órganos superiores y directivos tienen la condición de alto cargo.

adscritos”. El nombramiento y separación de los titulares de los órganos directivos se realizará por Decreto del Consejo de Gobierno (art. 17.3 LAJA), y el nombramiento y cese de los Consejeros y Consejeras se efectuará por el Presidente o Presidenta de la Junta de Andalucía, así lo dispone el art. 22 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁸¹.

Los Altos Cargos, al igual que los funcionarios, también están sometidos a un régimen de incompatibilidades⁸², regulado, al referirnos a Altos Cargos de la Junta de Andalucía, en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos⁸³.

En cuanto a su régimen retributivo, es fijado anualmente en la Ley de Presupuestos⁸⁴, quedando definido para los altos cargos de la Junta de Andalucía en el artículo 16 de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017⁸⁵.

Por tanto, podemos decir que la designación de los Altos Cargos va a estar vinculada por una especial confianza hacia el órgano que lleve a cabo su nombramiento.

4º) La relación de *carácter permanente o inamovable*, supone atribuir a los funcionarios de carrera estabilidad en el empleo, lo que les diferencia del resto de empleados públicos, incluidos los funcionarios interinos. Esta inamovilidad no implica que resulte imposible la pérdida de la condición de funcionario, el art. 63 del TREBEP “*enumera como causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera las siguientes: la renuncia a la condición de funcionario, la pérdida de la nacionalidad, la jubilación total del funcionario, la sanción disciplinaria de*

⁸¹ BOJA 7 de noviembre de 2006, núm. 215.

⁸² Regulado, este régimen de incompatibilidades, en el ámbito de la Administración General del Estado, en el Título II de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado (BOE 31 de marzo de 2015, núm. 77).

⁸³ BOJA 18 de abril de 2005, núm. 74.

⁸⁴ En cuanto a las retribuciones de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, vienen fijados en el art. 21 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30 de octubre de 2015, núm. 260; rect. BOE 19 enero 2016, núm. 16).

⁸⁵ BOJA 29 de diciembre de 2016, núm. 248.

separación del servicio que tuviere carácter firme, y la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme”. También, y atendiendo a la cualidad de la inamovilidad del funcionario de carrera, debemos mencionar el art. 81.2 del TREBEP, el cual establece que *“las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares”*⁸⁶.

También debemos hacer alusión al límite general y de carácter básico que impone el artículo 9.2 del TREBEP, al disponer que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*.

2. Funcionarios interinos

Pese a su clasificación como un tipo de funcionario, la realidad es que carecen de la cualidad por excelencia que define al funcionario de carrera, la inamovilidad. Ramos Moragues considera que, quizás, hubiese sido más apropiado hablar de personal interino, ya que no nos encontramos ante verdaderos funcionarios públicos, sino ante un colectivo de empleados públicos que tienen la expectativa de convertirse en funcionarios de carrera⁸⁷. Sin embargo, tanto la LFCE como el TREBEP han utilizado la denominación de funcionario para referirse a este colectivo. Y así el art. 5.2 de la LFCE definía a los funcionarios interinos como *“aquellos que por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por*

⁸⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 92 y 93.

⁸⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 94.

*funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad y urgencia*⁸⁸”. Por su parte, el artículo 10.1 del TREBEP define a los funcionarios interinos como *“aquellos que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera”*⁸⁹.

Como podemos observar, el rasgo principal de esta clase de personal es que su utilización solo se justifica por razones de urgencia y necesidad, lo que implicará una relación de servicios de carácter provisional o transitorio. Pese a este rasgo de transitoriedad en el empleo de los funcionarios interinos, la Administración ha abusado, no en pocas ocasiones, del nombramiento de personal interino, manteniéndolos ocupados durante largos periodos de tiempo. Sánchez Morón considera que esta situación se explica por la conveniencia de la Administración de cubrir sus necesidades con “trabajo precario”, que hasta la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril era más barato que el de los funcionarios de carrera (el interino percibía la misma retribución que éste menos los trienios y complementos vinculados a la condición de funcionario) y, sobre todo, por ser su selección más rápida y sencilla y tratarse de personal no estable, pudiéndose prescindir de él, sin indemnización⁹⁰.

Pese a las medidas adoptadas por el legislador para tratar de restringir el reclutamiento de personal interino por parte de las Administraciones Públicas a los supuestos de urgencia y necesidad, actualmente parece no haberse corregido el uso abusivo por parte de las Administraciones de selección de este personal. De manera que esta situación de interinos de larga duración, que ha llevado a la creación de bolsas de funcionarios interinos⁹¹, ha incidido de forma negativa tanto en el funcionamiento de la Administración, como en los propios funcionarios interinos,

⁸⁸ Apartado derogado por disposición derogatoria única a) del EBEP, salvo que no exista normativa autonómica sobre la materia con arreglo a lo establecido en la disposición final 4ª.

⁸⁹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 93 y 94.

⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit. pág. 78.

⁹¹ Según datos facilitados por el Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Registro Central de Personal, Julio de 2016, <http://www.sefp.minhfp.gob.es/>, el número de funcionarios interinos dentro del área de docencia no universitaria del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ascendía a 1113.

cuya situación de inestabilidad profesional se ha visto prolongada indefinidamente⁹², situación agravada actualmente con la crisis económica que estamos padeciendo, donde las Administraciones, en aras a reducir gastos, se va desprendiendo de esta modalidad de personal.

Por estas razones, el TREBEP, en su artículo 10.1, además de requerir que concurran las mencionadas razones de urgencia y necesidad, acota taxativamente los supuestos en que puede nombrarse a este personal: a) cuando existan plazas vacantes y no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b) en sustitución transitoria del titular ausente de forma temporal por cualquier causa (servicios especiales, excedencia con derecho a reserva del puesto de trabajo, baja médica, ciertos permisos y licencias...); c) ejecución de programas de carácter temporal, carácter que debe justificarse para evitar que encubran una tarea de carácter permanente, y que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce más por las leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo; d) el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses⁹³.

Las dos primeras circunstancias, vacantes en plantilla y sustituciones, responden a las causas tradicionales que han venido legitimando la figura de los funcionarios interinos. En cuanto a la existencia de vacantes, el TREBEP en su art. 10. 4 establece una limitación, según la cual: *“las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”*. Por tanto, la novedad se muestra en los apartados c) y d), a través de los cuáles el TREBEP amplía el concepto de interino, lo que resulta incongruente con el propósito del legislador de restringir la utilización de este personal por las Administraciones Públicas⁹⁴.

En cuanto a su selección, el apartado 2 del art. 10 EBEP establece que habrá de

⁹² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 94 y 95.

⁹³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit. pág. 79.

⁹⁴ Para RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 97 y ss., si uno de los grandes propósitos del legislador es el de reducir la alta tasa de temporalidad que existe en el empleo público, difícilmente contribuirá a tal fin ampliar los casos en que se puede contratar a personal interino.

realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad⁹⁵.

En cuanto al cese de los funcionarios interinos, este se producirá, además de por las causas previstas en el art. 63 del TREBEP (renuncia, pérdida de nacionalidad, jubilación, sanción disciplinaria firme de separación del servicio, pena firme de inhabilitación absoluta o especial para cargo público), cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art. 10. 3 TREBEP).

Por su parte, el art. 10. 5 del TREBEP establece, que “*al funcionario interino se le aplicará, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera*”.

Por tanto, podríamos decir que existe una gran similitud entre las causas que han de concurrir para llevar a cabo la selección de personal funcionario interino enunciados por el art. 10 del TREBEP, y los supuestos en que se podrán celebrar contratos de duración determinada enumerados en el art. 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (en adelante, TRET)⁹⁶ y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrollaba el art. 15 del ET aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de contratos de duración determinada⁹⁷. Pese a esta similitud de causas, el legislador no ha optado por un solo régimen jurídico al regular la relación de carácter temporal en las Administraciones Públicas, sino que ha diferenciado entre funcionario interino, regulado por el Derecho administrativo, y el personal laboral temporal al servicio de las

⁹⁵ El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (BOE núm. 85, de 10 de abril) y modificado por Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo (BOE núm. 54, de 4 de marzo), en su art. 27. 1 dispone, que “el nombramiento de personal funcionario interino se efectuará, con arreglo a los principios de mérito y capacidad, por el Subsecretario del Departamento al que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas o por el Director General de la Función Pública, cuando se trate de Cuerpos y Escalas dependientes de la Secretaría de Estado para la Administración Pública. El procedimiento deberá posibilitar la máxima agilidad en la selección, en razón a la urgencia requerida para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo en tanto se destina a los mismos a funcionarios de carrera”. También hemos de hacer alusión a la Orden APU/1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino (BOE núm. 143, de 15 de junio).

⁹⁶ BOE 24 de octubre de 2015, núm. 255.

⁹⁷ BOE 8 de enero de 1999, núm. 7.

Administraciones Públicas, regulado en el TREBEP y la normativa laboral. Por tanto, y como ya hemos hecho mención a lo largo de este trabajo, la relación que existe entre el funcionario interino y la Administración consiste en una relación de carácter estatutario, a diferencia de la establecida entre esta y el personal laboral temporal, que se va a formalizar a través de un contrato laboral. De ahí que al funcionario interino se le aplique el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción de la inamovilidad, y el personal laboral temporal va a gozar de los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida (art. 15. 6 TRET).

En cuanto a la extinción de la relación estatutaria, entre sus causas se encuentra la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento y, hasta hace algunos días, según nuestra normativa interna, no daba lugar a indemnización alguna⁹⁸, pero esto va a cambiar tras la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 14 de septiembre de 2016, de la que tendremos ocasión de hablar en los próximos párrafos. En cambio, los contratos laborales temporales se extinguirán por alguna de las causas establecidas en el art. 49 del TRET y recibirán la indemnización establecida en su disposición transitoria octava.

El art. 15.3 TRET establece que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”. Por tanto, el personal laboral temporal al servicio de la Administración Pública podrá encontrarse con su contrato temporal convertido en por tiempo indefinido si concurre esta circunstancia.

En cuanto a las funciones del funcionario interino, conviene volver a hacer alusión a lo establecido por el art. 9. 2 del TREBEP, que reserva el ejercicio de las funciones que impliquen la participación en el ejercicio de las potestades públicas, o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, a los funcionarios públicos.

Por tanto, y atendiendo a las diferencias reflejadas en los párrafos anteriores

⁹⁸ Art. 29 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BO. Junta de Andalucía 28 noviembre de 1985, núm. 112; rect. BO. Junta de Andalucía 21 de diciembre de 1985, núm. 122).

entre funcionario interino y personal laboral temporal, entiendo que para la Administración puede ser más beneficioso el nombramiento de funcionarios interinos que de personal laboral temporal por varias razones: por un lado, el funcionario interino podrá llevar a cabo tareas que sólo los funcionarios públicos pueden desarrollar y que no podrá realizarlas el personal laboral. Además una actuación incorrecta por parte de las Administraciones Públicas al llevar a cabo la contratación laboral, o la falta de control sobre su duración, puede dar lugar a que por fraude de ley contratos laborales temporales pasen a convertirse en contratos por tiempo indefinido, viéndose prolongada la permanencia del contratado laboral por más tiempo de lo inicialmente previsto.

Estas divergencias entre el funcionario interino y el contratado laboral, especialmente con respecto a la indemnización por extinción de la relación laboral y a las garantías señaladas por incurrir la Administración en fraude de ley, han quedado ostensiblemente matizadas, como ya hemos indicado anteriormente, tras la publicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos C-16/15, C-184/15, C-197/15 y C-596/14, pudiendo experimentar el régimen jurídico aplicable al personal funcionario interino y estatutario temporal al servicio del sector público un cambio trascendental.

Por su gran importancia, debemos realizar algunas consideraciones respecto a la jurisprudencia citada.

Rojo Torrecilla incide en que el interés especial de la STJUE (asunto C-16/15) es que aborda la situación laboral de una persona sometida al régimen estatutario (enfermera nombrada personal estatutario temporal eventual en el Servicio Madrileño de Salud), a la que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud⁹⁹, y que el art. 1.3 TRET la desmarca de su ámbito de aplicación, al excluir la relación de servicios de funcionarios públicos o estatutarias, que se deberán regir por las normas legales y reglamentarias que procedan¹⁰⁰.

⁹⁹ BOE 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

¹⁰⁰ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario temporal y funcionarios interinos en las Administraciones Públicas, con ocasión de la extinción

El proceso judicial que ha conocido el TJUE (asunto C-16-15) fue planteado mediante cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid, tras la presentación de recurso contencioso-administrativo por la mencionada enfermera en el que alegaba que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias, sino que respondían a una actividad permanente, por lo que se habría incurrido en fraude de Ley. El Juez se plantea la posible existencia de discriminación entre el personal laboral y el estatutario temporal, por la garantía de estabilidad que se otorga a los primeros cuando el contrato se haya celebrado en fraude de ley, y de la que no disfruta el personal estatutario¹⁰¹.

El TJUE tenía que comprobar si el contenido de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juez incumple el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada recogido en el anexo de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999¹⁰².

Debemos destacar que dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco se encuentran los trabajadores con un contrato de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (apartado 2, consideración general núm.12). Por tanto, el Acuerdo Marco, además de a la contratación laboral temporal, se refiere también a otras relaciones laborales reguladas por otra normativa, englobando, por tanto, a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en cuanto al carácter público o privado de su relación¹⁰³.

La citada Directiva pretende evitar la precarización de los trabajadores, impidiendo que una persona trabajadora se vea afectada por una sucesión injustificada de contratos temporales, estableciendo la obligación de que existan razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos o relaciones laborales de

contractual o de la relación de servicio. El impacto de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su aplicación al sector privado, respecto a la protección contra dicha extinción”, *El Blog de Eduardo Rojo*, 30/09/2016, pág. 2.

¹⁰¹ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., págs. 3 y ss.

¹⁰² DOUE 10 de julio de 1999, núm. 175.

¹⁰³ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., pág. 6.

duración determinada (apartado 1 de la cláusula 5)¹⁰⁴.

El TJUE, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juez nacional, afirma que una disposición nacional que se limite a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma general o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, no se ajustaría a las exigencias previstas en el párrafo anterior. Añade que, en efecto, una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto; entrañando, por tanto, un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos y siendo incompatible con el objetivo y efectos útil del Acuerdo Marco.

Concluye el TJUE que es contrario a dicho acuerdo un texto normativo que posibilite los nombramientos de duración determinada, con mucha flexibilidad, para cubrir puestos de trabajo permanentes y estables¹⁰⁵.

Rojo Torrecilla considera que se deberían buscar fórmulas jurídicas que permitan que el personal con nombramiento temporal, que en realidad no es tal por cubrir necesidades permanentes y estables, pueda gozar de mayor estabilidad, más próxima a la situación del personal indefinido no fijo en el ámbito laboral¹⁰⁶.

En cuanto al resto de supuestos, el asunto C-184/15 examina el caso de un trabajador que, tras su nombramiento por el Servicio Vasco de Salud, presta servicios como personal estatutario temporal eventual, y en el C-197/15 se analiza el de un funcionario interino nombrado por el Ayuntamiento de Vitoria. Ambos, tras ver extinguida su relación laboral, interpusieron recurso contencioso-administrativo ante los juzgados pertinentes y, tras ser desestimados, recursos de apelación ante el TSJ vasco.

¹⁰⁴ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., pág. 7.

¹⁰⁵ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., pág. 9.

¹⁰⁶ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., pág. 10.

EL TSJ en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial hace alusión a que ambos litigantes se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Directiva 1999/70/CE, produciéndose, en ambos casos, una utilización abusiva de la contratación de duración determinada.

El Tribunal hace hincapié en la diferente protección que existe en materia de extinción de la relación laboral entre trabajadores con contrato laboral y personal sometido a una regulación funcional o estatutaria cuando la Administración actúa de forma irregular, no disponiendo los funcionarios interinos ni el personal estatutario temporal de la garantía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge para el personal laboral temporal que da la posibilidad de convertir al trabajador temporal en indefinido no fijo¹⁰⁷.

El TJUE va a dar una respuesta más concreta, que la enjuiciada en el asunto C-16/15, sobre la protección que se ha de otorgar a aquellas personas que trabajan en régimen de derecho administrativo para una Administración Pública que actúa de manera abusiva al acudir a las figuras de funcionario interino o personal temporal eventual. Manifiesta que si no hay ninguna medida equivalente y eficaz de protección, *“la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”*¹⁰⁸.

También debemos hacer mención al asunto C-596/14 de la STJUE de 14 de septiembre, conocido como Caso De Diego Porras.

En este asunto, se examina el cese de una trabajadora, que ha prestado servicios como interina durante más de nueve años en el Ministerio de Defensa, tras la reincorporación de su titular al puesto que tenía reservado.

La demandante presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, que fue

¹⁰⁷ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., pág. 12.

¹⁰⁸ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario...”, op. cit., págs. 14 y ss.

desestimada, presentando, posteriormente, recurso de suplicación ante el TSJ, el cual se va a cuestionar si la extinción del contrato de interinidad sin indemnización alguna es conforme a derecho, constatando la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales respecto a la indemnización a percibir a la finalización de sus contratos si existe una causa objetiva para ello. Diferencia, en primer lugar, entre trabajadores con contratos indefinidos, que percibirán una indemnización de 20 días por año de servicio, y trabajadores temporales con contrato para obra o servicio determinado o por necesidades de la producción, a los que corresponderían 12 días por año de servicio; y, por otra parte, entre trabajadores indefinidos y trabajadores interinos, en cuanto la finalización de dicho contrato de duración determinada no tiene reconocida indemnización, según la normativa¹⁰⁹.

En este punto debemos hacer mención al considerando 14 de la citada Directiva que establece que *“las partes contratantes expresaron el deseo de celebrar un Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que establezca los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo; han manifestado su deseo de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo”*.

El TJUE mantiene la tesis de que las situaciones comparables no pueden tratarse de forma diferente, salvo que exista una causa o razón objetiva que lo posibilite, es decir, que dicha diferencia de trato esté objetivamente justificada.

Así, la cláusula 4 en su apartado primero dispone que *“por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de un manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

¹⁰⁹ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario,...op.cit., págs. 20 y ss.

La cláusula 3 apartado segundo establece como *“trabajador con contrato de duración indefinida comparable: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación o las tareas que desempeña”*.

En este asunto, el TJUE entiende que la recurrente efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo, tratándose de una situación que puede ser comparable a efectos de aplicación del principio de no discriminación¹¹⁰.

Por tanto, afirmada la existencia de situación comparable, la diferencia sólo estaría justificada si existiese una razón, causa o justificación que la permita, y señala el TJUE, que la misma no estará justificada por el simple hecho de que exista una norma nacional, general y abstracta, que establezca diferentes indemnizaciones por extinción contractual, ni tampoco por la mera naturaleza temporal de la relación; causas por sí mismas insuficientes para justificar la diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales con respecto al percibo de la indemnización por fin de contrato¹¹¹.

El Tribunal manifiesta que la cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables. *“El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la indemnización mencionada”*.

En la actualidad, la doctrina conocida como De Diego Porras ha sido aplicada en varias Sentencias, entre las que se encuentran, la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016 (Rec. 246/2014), las SSTSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec.

¹¹⁰ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario..., op. cit., págs. 29 y ss.

¹¹¹ ROJO TORRECILLA, E., “La problemática de los trabajadores interinos, personal estatutario..., op. cit., págs. 30 y ss.

1872/16 y 1962/16), las SSTSJ de Andalucía de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 1515/2016 y 1411/2016); en todas ellas se ha aplicado una indemnización de 20 días por año de servicio. Sin embargo, la STS de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 766/2016) no la ha aplicado, porque quien recurre es la parte demandada y por consiguiente no suscita la cuestión del importe de la indemnización¹¹².

Es importante la STSJ de Andalucía de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 1515/2016), que destaca que el concepto de condiciones de trabajo que mantiene el TJUE es aplicable a cualquier contrato temporal y que, en el concepto de contrato temporal del Acuerdo Marco, debe integrarse los contratos eventuales celebrados por un Ayuntamiento, produciéndose la extinción de la relación de trabajo por una causa análoga a las enunciadas en el art. 52 TRET (productivas y organizativas), lo que lleva aparejada una indemnización de 20 días por año de servicio ya que, según el TJUE, no es justificación objetiva del trato desigual el hecho de que aquellas estén previstas por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo¹¹³.

3. Personal eventual

En nuestro país, históricamente, ha existido la posibilidad de que los altos cargos políticos de la Administración pudieran designar personal a su servicio diferente del funcionario de carrera, con la misión de prestar funciones de asesoramiento especial a favor del órgano o autoridad que lo hubiera designado, denominándose a este colectivo personal eventual. Así la LFCE, en su art. 5.1 (apartado actualmente derogado por disposición derogatoria décima de la LMRFP), establecía que “*eran funcionarios eventuales quienes desempeñaban puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera*”¹¹⁴.

El art. 12.1 del TREBEP define al personal eventual como “*aquel que, en virtud*

¹¹² BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, IGNASI., “Un nuevo episodio De Diego Porras: Extinción de contrato eventual e indemnización de 20 días según el TSJ Andalucía (y controversias pendientes)”, *Blog de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 29/11/2016, pág. 1.

¹¹³ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, IGNASI., “Un nuevo episodio De Diego Porras: Extinción de contrato...”, op.cit., pág. 1 y ss.

¹¹⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 99 y 100.

de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”.

Actualmente, este tipo de personal existe en todos los niveles territoriales de la Administración y su número ha ido creciendo de forma paulatina, llegando a abusarse de este tipo de nombramientos. El art. 12.2 del TREBEP trata de acotar la regulación de este personal al establecer que, las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP, determinarán los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal, estableciéndose su número máximo por estos mismos órganos de Gobierno, siendo público ese número y las condiciones retributivas¹¹⁵.

El TREBEP siguiendo la línea que marcaba el art. 20 de la LMRFP¹¹⁶, introduce algunas especialidades con respecto a este personal. En el art. 12.3 establece, que *“tanto su nombramiento como cese serán libres,- por tanto su ingreso no aparece sometido a ningún proceso selectivo como ocurre con el resto de personal de la Administración, sino que solo compete a la autoridad que lo designa- y su cese, en todo caso, tendrá lugar cuando cese la autoridad a la que preste la función de confianza o asesoramiento”*. Y en su apartado 4, dispone que *“la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para acceder a la Función Pública o para la promoción interna”*¹¹⁷.

Como podemos observar, el legislador ha mantenido la discrecionalidad gubernativa existente hasta el momento para el nombramiento de este personal. También ha mantenido gran parte de las limitaciones que ya establecía la LMRFP

¹¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit. pág. 80.

¹¹⁶ El art. 20 LMRFP en su apartado 2, hace mención a que este personal sólo ejercerá funciones, expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales. También hace alusión a que este personal cesará automáticamente cuando cese la autoridad para la que preste su función de confianza o asesoramiento. Y en su apartado 3, señala que en ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para acceso a la función pública o la promoción interna. (Ambos apartados derogados salvo que no exista normativa autonómica sobre la materia con arreglo a lo establecido en la disp. final 4ª por disp. derogatoria Única b) del EBEP aprobado por Ley 7/2007).

¹¹⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 102.

respecto a este personal, y ha dejado en manos del legislador autonómico la determinación de los órganos de Gobierno que podrán valerse del mismo¹¹⁸.

4. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas

Actualmente la presencia de estos empleados públicos en nuestras Administraciones ha crecido de manera constante. El progresivo aumento de personal laboral en las relaciones de empleo público se ha ido justificando, entre otras causas, por la ampliación de las posibilidades de su contratación por parte de las Administraciones Públicas, y por la transformaciones que han sufrido las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, pasando las Administraciones a desarrollar prestaciones orientadas a la satisfacción del interés general¹¹⁹.

Como ya hicimos mención en el Capítulo anterior, al tratarse el empleador de una Administración Pública, el régimen al que queda sujeto este personal va a diferir del previsto para el trabajador del sector privado. Y así, el art. 2 del TREBEP establece que *“en lo que proceda se le aplicará éste al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”*, y en este sentido, el art. 7 del TREBEP dispone, que *“el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*. Ramos Moragues considera que son tantas las especialidades que recoge el TREBEP respecto a este personal, que esta relación de empleo debería ser considerada como una relación de carácter especial, aún a falta del requisito formal requerido por el art. 2 TRET para definir una relación laboral como especial¹²⁰. En el mismo sentido, Gorelli Hernández entiende que el conjunto de normas procedentes del EBEP es lo suficientemente importante como para poder afirmar que, si bien formalmente no estamos ante una relación laboral especial, materialmente es así, por lo que se podría haber justificado la regulación de una relación laboral de carácter especial. Considera que al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas le es aplicado un

¹¹⁸ Según datos facilitados por el Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Registro Central de Personal, Julio de 2015, (<http://www.mpt.gob.es/>), el número de eventuales por Ministerios de la Administración General del Estado ascendía a 592.

¹¹⁹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 110 y 111.

¹²⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 114 y ss.

régimen jurídico de carácter dual, integrado por la regulación laboral, y por los preceptos del EBEP que le resulten de aplicación¹²¹.

El art. 11 del TREBEP define al personal laboral como “*aquel que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”. De manera, que la Administración al actuar como empresario podrá recurrir tanto a la contratación indefinida como a la contratación temporal, prevista esta última en el art. 15 del TRET.

El EBEP no ha introducido ninguna especialidad en la regulación de estas modalidades contractuales, remitiéndose a lo dispuesto en la normativa laboral, pero la especial posición de la Administración Pública, sometida a las exigencias constitucionales y legales, ha ocasionado la presencia de singularidades en materia de contratación, propiciando, como veremos más adelante, una importante actividad jurisprudencial dirigida a solventar tales dificultades¹²².

Atendiendo a la clasificación que hace el TREBEP del personal laboral, una primera definición de personal laboral fijo es aquel que accede al empleo público tras la superación de un proceso selectivo de oposición, concurso oposición o concurso (art. 61.7 TREBEP), debiendo estos procedimientos respetar los principios constitucionales del art. 55 del TREBEP: igualdad, mérito y capacidad, así como la publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia de los miembros de los órganos de selección que actuarán con discrecionalidad técnica, adecuación de los contenidos de los procesos selectivos y las tareas a desarrollar y agilidad en los procesos de selección. Esta relación laboral supone estar adscrito a un puesto de trabajo y, a diferencia del contrato temporal, no está sujeta a término¹²³.

¹²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 198.

¹²² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 265.

¹²³ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo...*, op. cit., págs. 26 y 27.

El personal temporal es aquel que presta sus servicios a la Administración Pública en atención a cualquiera de las modalidades de contratación permitidas por la legislación laboral, entre ellas: contratos por obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción, para la formación, en prácticas, de interinidad, de relevo. Su selección deberá realizarse, al igual que para el resto de empleados públicos, respetando los principios que establece el art. 55. TREBEP, aunque el TREBEP no hace referencia a la selección de contratos temporales. Por su parte, este personal, en virtud de lo establecido en el art. 15.6 TRET, gozará de los mismos derechos y obligaciones que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada modalidad contractual en materia de extinción de contratos¹²⁴.

En cuanto al contrato para obra o servicio determinado, podemos decir que se encuentra entre los contratos temporales más utilizados en el ámbito de las Administraciones Públicas. La celebración de este contrato requerirá que la obra o servicio que constituye su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, y además que el trabajador sea empleado en dicha obra o servicio, y no en otras tareas. Por tanto, no podrá ser utilizado para cubrir las necesidades permanentes del organismo público¹²⁵.

Por su parte, el contrato eventual por circunstancias de la producción (art. 15. 1. b. TRET), mientras que en el sector privado sirve básicamente para acometer repuntes del mercado que necesitan de una respuesta empresarial rápida y limitada en el tiempo, en el sector público además, en ocasiones, suele responder a necesidades derivadas de las limitaciones impuestas por el poder legislativo al ejecutivo en los presupuestos que impiden dotar plazas fijas con cargo al capítulo de personal, pero que autorizan destinar presupuestos al capítulo de inversiones a la cobertura de actuaciones concretas y urgentes¹²⁶.

¹²⁴ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo...*, op. cit., págs. 27 y 28.

¹²⁵ Así se desprende del F.D. 4 de la STS de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9864) y del F.D. 2 de la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7534).

¹²⁶ MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M., ALMENDROS GONZÁLEZ, M., MALDONADO MOLINA, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J., *Manual de Empleo Público (instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas)*, Granada, Comares, 2010, págs. 146 y 147.

La tercera modalidad de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es el personal indefinido, que se trata de aquel trabajador cuyo contrato laboral temporal es considerado, por aplicación de la legislación laboral, en fraude de ley, pasando a convertirse en indefinido. Y así lo establece el art. 15. 3 TRET, que dispone que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”. Estos contratos aunque, en principio, no están sujetos a término, se caracterizan por no tener la condición de fijo de plantilla. Se trata de una modalidad de contratación fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que seguidamente se hará referencia, para armonizar los principios de estabilidad en el empleo y acceso al empleo público según las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad¹²⁷.

En relación a la distinción entre personal laboral fijo y personal laboral indefinido, el EBEP incorpora una novedad legislativa al distinguir entre trabajadores fijos e indefinidos, aunque esta, había sido introducida a través de la doctrina y de la jurisprudencia¹²⁸. Esta distinción, ha sido fruto de un largo camino jurisprudencial, con fluctuaciones, correcciones y contradicciones, persiguiéndose por parte de los Tribunales la compatibilización del principio de estabilidad en el empleo, propio del Derecho del Trabajo, con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas¹²⁹.

Como ya hemos aludido anteriormente, debemos insistir en que aunque la Administración Pública, en las relaciones laborales que mantiene con sus empleados, actúa como un empresario más sometido al Derecho del Trabajo, no debemos olvidar que se encuentra sometida a los principios constitucionales y que debe servir al interés general, de modo que esta relación, a diferencia del resto de relaciones laborales que regula el Derecho del Trabajo, también se encuentra sometida al

¹²⁷ CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo...* op. cit. pág. 28.

¹²⁸ Para ARUFE VARELA, A., “*Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: Una anomalía jurisprudencial y legal*”, *RGDTYSS*, núm. 40, 2015, págs. 99 y ss, la legalización del personal laboral indefinido introducida por el EBEP sólo puede ser calificada de superficial, y es debido a que la incorporación de esta clase de personal no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni la de crear con carácter general una clasificación intermedia entre trabajadores fijos y temporales, sino que ha sido introducida para que el profesorado de religión sea contemplado dentro del EBEP.

¹²⁹ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...* op.cit. pág. 194.

Derecho Administrativo. De ahí que las peculiaridades derivadas de este carácter público de la Administración presenten importantes disfuncionalidades, que podrán estar presentes a lo largo de toda la relación laboral, y, sobre todo, en el de su propia calificación, pues de aplicar el Derecho del Trabajo en toda su extensión en la conversión en indefinido de los contratos temporales celebrados de manera irregular o en fraude de Ley (art. 15. 3 TRET), estaríamos contradiciendo las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Por tanto, aunque en materia de contratación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas resulte de aplicación la legislación laboral, encontramos significativas particularidades que dotan de cierta singularidad a la relación laboral de empleo público. Entre estas, se encuentra la formalización de las modalidades de contratación de personal prevista en la normativa laboral, disponiendo el artículo 11.1 del TREBEP que el contrato de trabajo deberá formalizarse por escrito, produciéndose una desviación de la libertad de forma que, en principio, reconoce el art. 8 del TRET. También este artículo se separa de la normativa laboral, al realizar, como ya hemos señalado anteriormente, una clasificación tripartita de estos contratos en función de la duración de los mismos (fijo, por tiempo indefinido o temporal), alejándose de la clasificación dual establecida en el art. 8 TRET (indefinido o temporal), incorporando, por tanto, el EBEP una nueva técnica de consolidación de empleo temporal, al ubicar entre el contrato fijo y el temporal un contrato al que denomina indefinido¹³⁰.

Pero, como hemos indicado, el camino no ha sido fácil. El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999/3516), F.D. 3º¹³¹, manifiesta “*que las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas, aunque no determinen la adquisición de fijeza pueden llevar al reconocimiento del carácter indefinido del vínculo contractual, estableciendo que las normas sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones públicas determinan que*

¹³⁰ MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M., ALMENDROS GONZÁLEZ, M., MALDONADO MOLINA, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J., *Manual de Empleo Público...*, op. cit., págs. 145 y 146.

¹³¹ En el mismo sentido, las SSTs de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9864), 24 de abril de 1997 (RJ 1997/3498), 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000), 19 de enero de 1999 (RJ 1999/810), 11 de noviembre de 2003 (RJ/2004/283).

éstas tienen una posición especial en materia de contratación temporal, en la medida en que las irregularidades en la contratación temporal no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público, y que la infracción de las normas laborales sobre contratación temporal aunque pueda determinar el reconocimiento de la relación como indefinida, no puede suponer la declaración de fijeza, porque la Administración está obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo y producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

En el mismo sentido, la STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000), en su F.D. 4º distingue entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, estableciendo que *“el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”*. De manera que el organismo afectado deberá adoptar las medidas necesarias para proveer de manera regular ese puesto, pudiéndose extinguir el contrato una vez se haya producido la provisión del mismo.

Por tanto, el art. 15.3 TRET es aplicado con matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido, sino se prolonga sólo hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una provisionalidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla¹³².

Podemos decir, que el EBEP no ha establecido las características que diferencian al trabajador fijo del trabajador indefinido. Para ver cuáles son estas diferencias ha

¹³² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, Pamplona, *Aranzadi*, BIB 2010/2130, pág. 4.

habido que acudir a la jurisprudencia. Entre estas características, podemos destacar:

a) La condición de trabajador fijo se adquiere mediante la superación de un procedimiento selectivo convocado públicamente, mientras que el trabajador indefinido no consolida su estabilidad en la Administración hasta que no supere el correspondiente proceso de selección convocado públicamente, constituyendo una obligación para la Administración la adopción de las medidas necesarias para proceder a la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario¹³³.

b) El trabajador fijo goza del derecho de estabilidad, mientras que el contrato del trabajador indefinido se extingue en caso de que, convocado su puesto de trabajo, sea seleccionada una tercera persona. El Tribunal Supremo considera que la ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal, que fue declarado indefinido por sentencia firme, hace surgir una causa de extinción del contrato, subsumible en el art. 49. 1. b) del TRET (el contrato se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario)¹³⁴.

c) El trabajador fijo goza del beneficio de la estabilidad o inamovilidad relacional, mientras que el contrato indefinido puede extinguirse mediante el pago de la correspondiente indemnización en el caso de despido declarado improcedente. El TREBEP en su art. 96. 2 dispone, que “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”. Sin embargo, el personal laboral indefinido no disfruta de este derecho, admitiéndose la opción de la Administración entre readmisión e indemnización en los supuestos de despidos declarados improcedentes, conforme a lo establecido en el art. 56 del TRET.

d) Los trabajadores indefinidos no tienen derecho a concursar en los concursos de traslado, pues sería contrario a los preceptos legales y constitucionales que

¹³³ ARENAS VIRUEZ, M., “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales* núm. 129, 2015, págs. 147.

¹³⁴ STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893), F.D. 4.

regulan el acceso al empleo público.

e) El trabajador indefinido goza de los mismos derechos que el fijo salvo los que se derivan de la estabilidad. El art. 15. 6 del TRET establece, que “*los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos*”. Por tanto, si en este aspecto, no cabe diferencia entre temporales y fijos, menos aún cabrá entre indefinidos y fijos. Pero hay que reseñar como excepciones, los complementos ligados al desarrollo de la carrera profesional horizontal, a la que hace alusión el art. 14. c. del EBEP.

f) El contrato de trabajo del trabajador indefinido se extingue por amortización o funcionarización de su puesto de trabajo¹³⁵.

5. Contrato de interinidad por vacante

Este contrato tiene como finalidad cubrir de manera provisional aquellos puestos que se encuentran inmersos en un proceso de selección durante el lapso de tiempo que transcurre desde que se convoca el proceso selectivo hasta su finalización, solventándose, de este modo, el problema de quién cubre las necesidades del servicio derivadas de ese puesto de trabajo, hasta que sea cubierto por su titular¹³⁶.

Aunque esta falta de cobertura, derivada de aplicar procedimientos selectivos reglados para la provisión de vacantes, no se produce normalmente en el ámbito laboral privado, de ahí que el art. 15 del TRET no incluyera esta modalidad de contratación temporal, en la función pública se trata de una práctica habitual. El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992/1880) F.D. 2º, señaló que “*en la empresa privada el supuesto fundamental, y casi único, de esa falta de ocupación temporal de un puesto de trabajo es el que señalan los arts. 15. 1. c) del ET y 4.1 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de*

¹³⁵ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público*, op.cit., págs. 196 y ss.

¹³⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 303.

*trabajadores fijos discontinuos*¹³⁷, que son aquellos que no están prestando servicio a la empresa en el momento actual, pero que tienen derecho a reserva de su puesto de trabajo y que la forma más segura de identificar un puesto determinado de trabajo es mediante el nombre del trabajador que lo ocupa o desempeña.

Manifiesta el Tribunal, que el legislador, al redactar tales preceptos, “*tuvo en cuenta sobre todo a las empresas privadas, y por ello se recoge la exigencia de que en el contrato se consigne el nombre del sustituido. Sin embargo, la contratación laboral realizada por las Administraciones Públicas presenta, a este respecto, singularidades. Se ha de tener en cuenta que en ellas se da con frecuencia un supuesto de desocupación temporal de las plazas y en el que concurren las razones y necesidades que justifican los contratos temporales de interinidad*”; el periodo en que la plaza vacante permanecerá desocupada puede causar perjuicios a la Administración.

Continúa el Tribunal, “*es claro que en estos casos se produce una situación en la que, en relación a la entidad empleadora, concurren unas circunstancias, condiciones y necesidades que son prácticamente las mismas que se tuvieron en cuenta para reconocer a los empresarios la facultad de acogerse al contrato de interinidad en los supuestos de ausencia de un trabajador con derecho a reserva de plaza. Por consecuencia, los elementales principios de la lógica y la razón obligan a concluir en esos particulares supuestos relativos a las plazas de las Administraciones Públicas se debe reconocer también a éstas la posibilidad de concertar contratos de interinaje*”. Y en cuanto a la identificación de la plaza vacante puede ser llevada a mediante el número que se le asigna por la Administración, en particular en relación a la Oferta de Empleo Público pertinente¹³⁸.

En la actualidad el citado Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre¹³⁹, regula también esta modalidad contractual. El párrafo segundo de su artículo 4.1 dispone, que “*el contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción*

¹³⁷ BOE 23 de noviembre de 1984, núm. 281.

¹³⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 305 y ss.

¹³⁹ BOE 8 de enero de 1999, núm. 7.

para su cobertura definitiva”. El apartado 2. b) del mismo artículo, hace alusión a la duración de los contratos de interinidad celebrados por la Administración Pública, y establece que *"en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica"*.

Ramos Moragues considera que sería deseable que el legislador, de una vez por todas, diera una nueva redacción del art. 15.1. c) del TRET en la que se contemplara este supuesto de interinidad por vacante, ya que su ratificación reglamentaria no es la técnica jurídica más adecuada, en la medida en que se trata de dos tipos de contratos que a su modo de ver responden a necesidades distintas¹⁴⁰.

En cuanto a la forma del contrato de interinidad por vacante, es preciso que este se concierte por escrito, tal como establece el art. 11 del TREBEP para todas las modalidades de contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Y en cuanto a su identificación, el párrafo segundo del art. 4. 2 a) del Real Decreto 2720/1998, establece que *"el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna"*.

6. Similitudes y diferencias entre el contrato de interinidad por vacante y el contrato por tiempo indefinido

Parece ser que los caracteres que definen al contrato indefinido en las Administraciones Públicas son extrapolables al contrato de interinidad por vacante: a) Tanto el trabajador con contrato indefinido como el interino por vacante sólo consolidan la estabilidad en su empleo en la Administración cuando superan un proceso de selección convocado públicamente que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; b) Tanto uno como otro verán extinguido su contrato si, convocado públicamente, otra persona supera el proceso selectivo de la plaza que ocupan; c) Ambos tienen los mismos derechos que el trabajador laboral fijo, incluido el complemento de antigüedad, salvo los que se deriven de la

¹⁴⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 309 y 310.

estabilidad que gozan estos últimos; d) El contrato indefinido puede extinguirse mediante el pago de la correspondiente indemnización en caso de despido declarado improcedente, y nada impide que un trabajador temporal interino sea despedido e indemnizado; e) El trabajador indefinido, al igual que el interino, no tiene derecho a participar en concursos de traslados pues, por su objeto, están necesariamente vinculados a una plaza pendiente de cobertura; d) El indefinido no tiene derecho a excedencias, o sólo conservaría un derecho al reingreso sobre una plaza si se mantuviera vacante al finalizar el período de excedencia, por la misma razón tampoco la tendría el interino; f) Ambos tipos de contratos se extinguen por amortización o funcionarización¹⁴¹.

La jurisprudencia ha tratado de diferenciar ambas modalidades de contratación. La STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893), F.D. duodécimo, tras reconocer, respecto al momento de la extinción, que la eficacia extintiva directa de la causa constituida por la ocupación del puesto de trabajo a través del procedimiento legal, equipararía a los trabajadores temporalmente indefinidos con los interinos por vacante, afirma que la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. El pronunciamiento especifica que la diferenciación de trato legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo de la relación, rechazando cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador que aluda a una pretendida e inexistente temporalidad¹⁴².

De modo que, el contrato de interinidad por vacante podría vincularse tanto a la cobertura de la vacante como a un término cierto¹⁴³ (art. 4. 2 RD 2720/1998), incluso al fin del proceso selectivo aunque éste quede desierto, sí ésa era la voluntad de las partes.

¹⁴¹ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., págs. 210 y ss.

¹⁴² LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., págs. 211 y ss.

¹⁴³ En los procesos de selección celebrados por las Administraciones Públicas para provisión de puestos, la duración de estos contratos coincidirá con la duración de esos procesos conforme a lo establecido en su normativa específica. El desarrollo de este procedimiento selectivo se trata de un procedimiento administrativo a través del cual se forma la voluntad contractual del órgano administrativo.

7. El personal directivo profesional

Es de interés hacer mención a esta novedosa categoría de personal, considerada un factor decisivo de modernización administrativa, que incorporó el EBEP en su artículo 13. No significa que las Administraciones no hayan dispuesto en sus plantillas, con anterioridad al EBEP, de personal que asumiera funciones de dirección; sí que existían, pero tradicionalmente la provisión de estos puestos ha obedecido a criterios de confianza política o, pronunciado en otros términos, la función de dirigir en nuestro sector público ha sido siempre una tarea ejercida por políticos o por personas designadas políticamente¹⁴⁴.

Como podemos observar, el personal directivo no aparece incluido como empleado público dentro del art. 8 del TREBEP. Ramos Moragues considera que hubiera sido conveniente su inclusión como un tipo de empleado público, en la medida que se le aplican algunas reglas peculiares en aspectos claves de la relación de servicios, por las tareas que le corresponden, por su particular posición dentro de la organización administrativa y sus relaciones con el poder político y en garantía de su situación jurídica y de su profesionalidad.

El art. 13 del TREBEP define al personal directivo como *“aquel que desarrolla funciones directivas profesionales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, dejando en manos de las normas específicas de cada Administración la determinación de tales funciones.*

En cuanto al régimen jurídico de este colectivo de personal, el TREBEP confiere su establecimiento al Gobierno y a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA), en lugar de atribuir dicha tarea al legislador estatal o autonómico, opción, esta última, que resultaba la más adecuada desde el punto de vista jurídico. Pero, sin perjuicio de esta remisión al Gobierno y a los órganos de Gobierno de las CC.AA. por parte del EBEP, el legislador ha incorporado en el art. 13 del TREBEP ciertas cuestiones básicas sobre el régimen jurídico de este colectivo. Así, en cuanto a su designación deberá atender a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos

¹⁴⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 103 y ss.

que garanticen la publicidad y concurrencia. Por otra parte, también establece que la gestión de este personal estará sujeta a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de los resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados. En cuanto a sus condiciones de empleo no tendrán la consideración de materia objeto de negociación colectiva, quedando, por tanto, excluidas de esta¹⁴⁵.

El directivo público se puede instrumentar a través de personal funcionarial, por lo que quedará sujeto al régimen jurídico específico establecido para este personal por el Gobierno estatal o autonómico, o mediante personal laboral, en cuyo caso se le aplicarán las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección¹⁴⁶.

Ramos Moragues entiende que en aquellas Administraciones en que sea necesaria la presencia de personal directivo, la creación de este deberá instrumentarse necesariamente a través de personal laboral de alta dirección o personal funcionarial, desterrando la utilización del personal de confianza política para la asunción de funciones directivas¹⁴⁷.

¹⁴⁵ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 107 y ss.

¹⁴⁶ BOE 12 de agosto de 1985, núm. 192, rect. BOE 3 de septiembre de 1985, núm. 211.

¹⁴⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 110.

CAPÍTULO III. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DEL PERSONAL LABORAL

1. Principios jurídicos que rigen el acceso al empleo público laboral

En este apartado vamos a realizar una consideración de cada uno de los principios que regulan el acceso al empleo público, haciendo mención, por un lado, a los grandes principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23 y 103 de nuestra Constitución e incorporados en el art. 55.1 del TREBEP) y, por otro, a aquellos otros que de manera accesoria ha incorporado el art. 55.2 del TREBEP.

El legislador, como ya lo hizo con el derogado art. 19.1 LMRFP, al enunciar en el art. 55 del TREBEP que las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, reconoce la aplicación de los principios rectores de acceso al empleo público sin establecer distinciones en función del vínculo jurídico que une al empleado público con la Administración¹⁴⁸.

Al margen de estos grandes principios, el art. 55 del TREBEP establece otros que van a reforzar a los principios de mérito y capacidad y que tendrán que ser tenidos en consideración por todas las Administraciones Públicas a la hora de seleccionar a su personal funcionario o laboral. Se trata de los siguientes:

a) Publicidad de las convocatorias y sus bases¹⁴⁹. A través de este principio, el TREBEP establece la obligación de difundir las convocatorias de selección de manera que permitan su conocimiento a todos los candidatos potenciales, aunque no precisa que todas ellas se publiquen en el Boletín Oficial, pues lo importante no es el medio sino su efectividad; aún así, el art. 29 del Real Decreto 364/1995, de 10 de

¹⁴⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., pág.119.

¹⁴⁹ La STC 85/1983, de 25 de octubre (RTC 1983,85), declara que la publicidad pretende hacer efectivos otros principios constitucionales estando enlazado este principio con los principios de objetividad (artículo 103.1 de la Constitución), mérito y capacidad e imparcialidad (artículo 103.3 de la Constitución), sin olvidar que el principio del artículo 103.3 se enlaza con la específica proyección del principio de igualdad (artículo 23.2 de la Constitución). Por tanto, la publicidad en el periódico oficial del Estado de las convocatorias hace más efectivo un tratamiento común para todos los españoles que quieran ser candidatos a un puesto de funcionario. Por su parte, la STSJ de Cantabria de 22 de noviembre de 2002 F.D. 7, (JUR 2003\19758) hace mención de que en el acceso a la función pública, el sistema selectivo opera omnicomprensivamente mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado¹⁵⁰, exige la publicación en el BOE del número de plazas ofertadas y del lugar en que figuren expuestas las bases de las convocatorias¹⁵¹.

b) Transparencia. Este principio exige que los criterios utilizados para la selección deberán ser claros y conocidos, debiendo los órganos motivar los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos, tal y como establece el art. 2 de la LPAC.

c) Principios de imparcialidad, independencia, profesionalidad y discrecionalidad de los miembros de los órganos de selección¹⁵². La manifestación concreta de la imparcialidad y discrecionalidad técnica de los miembros de los órganos de selección queda plasmada en el art. 60 del TREBEP, garantizándose de este modo la exclusión de influencias externas ajenas a los principios de mérito y capacidad; por tanto, se excluyen de los órganos de selección a las personas cuando concurren en ellas circunstancias que hagan perder la objetividad de criterio, ya se trate de relaciones previas con los candidatos, ya de vínculos estrechos con alguno de ellos. La profesionalidad va a exigir que quien forme parte del órgano posea competencias técnicas, lo que implica un gran conocimiento del área profesional al que se refiera la plaza o puesto a cubrir. La conjunción de estos dos requisitos justifican lo señalado por el art. 60.2 del TREBEP que establece que *“el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrá*

¹⁵⁰ BOE 10 de abril de 1995, núm. 85.

¹⁵¹ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *RMTEI* núm. 93, 2011, págs. 56 y 57.

¹⁵² La STC 86/2004 de 10 mayo F.J 3 (RTC 2004,86) hace mención a que *“ni el art. 24.1 ni el 23.2 de la Constitución incorporan un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica. Y es que debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese prudente y razonable arbitrio, nunca excesivo, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”*.

formar parte de los órganos de selección”¹⁵³.

d) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar. El art. 61.2 TREBEP, señala que *“los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas”*; además, para asegurar la objetividad de los procesos selectivos, el art. 61.5 del TREBEP, señala que *“las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos”*¹⁵⁴.

e) Agilidad y objetividad en los procesos de selección¹⁵⁵. Con estos principios se pretende evitar dilaciones innecesarias en la selección de personal. En cuanto al principio de libre concurrencia, aunque no haya sido proclamado en el art. 55 del TREBEP debe considerarse plenamente aplicable, pues el art. 61.1 del TREBEP lo menciona como un criterio configurador de los procesos selectivos, al establecer que *“los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto”*¹⁵⁶.

Con estos principios, se reconoce por primera vez para el personal laboral en el Ordenamiento Jurídico español un conjunto de principios rectores para su selección,

¹⁵³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 149 y 150.

¹⁵⁴ La STS de 19 mayo de 2006, FD 1 (RJ 2006\2372), declara que no se pueden establecer exclusiones que no sean las que se deriven del desempeño de las tareas o funciones correspondientes. Al tratar de insertar en el mundo laboral a minusválidos, estableciendo medidas de discriminación positiva, como el establecimiento de un porcentaje de plazas reservado para los mismos, pero siempre serán referidas a minusvalías que no impidan objetivamente el cumplimiento del desempeño de la función correspondiente, no siendo contraria a la Constitución la norma que exige acreditar una determinada capacidad a quienes, con independencia de sufrir algún tipo de minusvalía o no, han de ejercer la función pública.

¹⁵⁵ La STS de 27 de febrero de 2012, F.D 8 (RJ 2012,5028), hace mención a que *“la existencia de grupos que baja la incitación de quienes se erigen en sus impulsores crean un clima de desprecio contra algunos compañeros sin que haya razón que lo justifique invalidan tales pruebas desde el punto de vista de la objetividad como medio de medir las actitudes relevantes para la función policial, pues las respuestas dadas por la mayoría no obedecen a percepciones espontáneas relacionadas con cometidos profesionales”*.

¹⁵⁶ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 155.

pretendiendo, de este modo, que el procedimiento de selección de este colectivo alcance el mismo grado de objetividad y garantía que el del personal funcionario¹⁵⁷.

Aunque en nuestra legislación vigente existe unanimidad en la proclamación de que los principios de igualdad, mérito y capacidad rigen respecto de la selección, tanto del personal funcionario como del laboral¹⁵⁸, no ha dejado de surgir la problemática en relación a la aplicación estos principios en el acceso al empleo público por parte del personal laboral¹⁵⁹. Por tanto, vamos a centrarnos en estos grandes principios e intentaremos llevar a cabo una valoración aproximada de los mismos.

López Gómez considera que el principio de objetividad en la gestión administrativa proclamado en el art. 103.1 CE, llevado al campo de la gestión de los recursos humanos, debe significar que los responsables de las Administraciones Públicas encargados de tal gestión no pueden elegir a los empleados de manera discrecional, sino que deberán seleccionar a aquellos que objetivamente resulten más idóneos para el desarrollo de las funciones que se traten de cubrir. Desde esta perspectiva, los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas no son más que una consecuencia lógica de los principios de igualdad y objetividad de la Administración, llevados al ámbito de la selección de su personal¹⁶⁰.

En el mismo sentido, Ramos Moragues hace referencia a que la igualdad de oportunidades que el art. 23. 2 CE pretende garantizar, no puede detenerse ante

¹⁵⁷ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., págs. 56 y 57.

¹⁵⁸ Y así lo pone de manifiesto el art. 39.1 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre de la Función Pública de Andalucía (BO. Junta de Andalucía 28 de noviembre de 1985, núm. 112), que dispone que “*reglamentariamente se regularán los diversos sistemas de selección del personal, tanto funcional como laboral fijo, en los que han de quedar siempre garantizados los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*”. También, el art. 25 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero de la Función Pública de Aragón (BO. Aragón núm. 25 de 1 de marzo de 1991) establece que “*la Administración de la Comunidad Autónoma seleccionará su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad*”. Igualmente, el art. 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local (BOE 3 de abril de 1985, núm. 80), (en adelante, LBRL), también incorpora esos principios para la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral.

¹⁵⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., La relación laboral especial..., op. cit., pág. 101.

¹⁶⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., La relación laboral especial..., op. cit., págs. 106 y 107.

barreras formales como el vínculo jurídico que une al empleado con la Administración¹⁶¹. Por su parte, Vivero Serrano, se refiere a que la selección de trabajadores con arreglo a criterios objetivos es una exigencia ineludible del sistema democrático, ya que para que los ciudadanos tengan confianza en el sistema democrático, en lo público y en la política es indispensable que los poderes públicos a la hora de seleccionar a su personal den oportunidad a todos los ciudadanos y seleccionen a los mejores preparados de manera objetiva. También se refiere, a la necesidad de que los nuevos empleados seleccionados por la Administración pública actúen de manera imparcial contribuyendo de ese modo a la objetividad y neutralidad de la Administración, exigencia constitucional de primer orden (art. 103.1 CE), siendo el sistema de mérito el que garantiza relativamente la imparcialidad de los servidores públicos¹⁶². Para Vivero Serrano el art. 23.2 CE, esto es, el acceso en condiciones de igualdad, no es más que una especificación del 14 CE y considera que el art. 23.2 CE no se entiende sin el 103.3 CE; por tanto, considera que el art. 14 CE debe ser objeto del mismo entendimiento, añadiendo que si esta conexión no se efectuara y el legislador prescindiera del sistema de mérito y capacidad, quebraría la prohibición constitucional de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 de nuestra constitución¹⁶³. En el mismo sentido, De Nieves Nieto, manifiesta que no puede considerarse que la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Constitucional, en relación con la aplicación de los principios rectores recogidos en los arts. 23.2 y 103.1 CE a la selección del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, tenga una base sólida ya que el empleo público laboral implica también el desempeño de un cargo o función pública en sentido lato, es decir, de un puesto de trabajo en el sector público, y lo que importa a los fines del art. 23.2 CE es que, en todos los casos, los ciudadanos se encuentren en situación de igualdad y no sean discriminados¹⁶⁴.

Aunque, y como ya hicimos alusión en el Capítulo I de este trabajo, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2

¹⁶¹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 122.

¹⁶² VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 39.

¹⁶³ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op. cit., pág. 44.

¹⁶⁴ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 55.

CE no es aplicable a los supuestos de contratación de personal laboral, aunque sí podría ser aplicado el art. 14 CE, del que el art. 23.2 no es sino una concreción (STC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2¹⁶⁵). Por su parte, el Alto Tribunal hace mención a las diferencias que existen entre empresario y Administración Pública al seleccionar a su personal; así, mientras que en las relaciones entre particulares y el empresario este dispone de un cierto margen de decisión al seleccionar a su personal, la STC 161/1991, de 18 de julio (RTC 1991/161), en su fundamento jurídico 1º, hace alusión a que *“la Administración Pública, aún cuando actúa como empresario no se rige por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9.3 CE). Por tanto como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales”*. En este sentido, el ATC de 4 de julio de 1988, en su fundamento jurídico 2º, establece que *“es evidente que la contratación de personal laboral para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”*¹⁶⁶. Por tanto, el Tribunal Constitucional justifica la extensión de la aplicación de los arts. 23.2 y 103.1 CE al personal laboral de las Administraciones Públicas a través de los principios recogidos en el art. 103.1 CE (de objetividad y eficacia).

Por su parte, el Tribunal Supremo reconoce directamente la aplicación directa de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE a la selección del personal laboral, de hecho, establece expresamente que los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y

¹⁶⁵ En el mismo sentido la STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 (RTC 2004,86), tras manifestar que el derecho fundamental del art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas, concluye en que el análisis de la posible vulneración del principio de igualdad ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE.

¹⁶⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 123 y 124.

capacidad han de respetarse a favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección¹⁶⁷ (STS de 18 de marzo de 1991, F.D 2º).

Como hemos podido observar, a lo largo de este apartado, los grandes principios de igualdad, mérito y capacidad constituyen la base para el acceso a la función pública del personal laboral. Así lo ha marcado la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, haciendo un llamamiento a la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso al empleo público (arts. 14 y 23.2 CE), acompañada de los principios de mérito y capacidad (art. 102.3 CE), que hacen posible la materialización de esa igualdad.

2. Fuentes aplicables al acceso de los trabajadores laborales al empleo público

Los procedimientos selectivos de personal laboral para formar parte de las Administraciones Públicas se rigen íntegramente por el TREBEP –arts. 55 y siguientes- y normas administrativas concordantes, sin que la legislación laboral, ni siquiera por vía de convenio colectivo, pueda intervenir, pues, como sucede respecto a los funcionarios, la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público está excluida de la negociación¹⁶⁸.

Por tanto, en materia de selección de personal en las Administraciones Públicas es de aplicación directa el TREBEP para el personal funcionario y personal laboral, sin remisión para este último a la legislación laboral. Partimos de la base de que los procedimientos selectivos son actos de la Administración sujetos a Derecho administrativo, separables de la regulación que rige el contrato de trabajo¹⁶⁹, de modo que sólo cuando nace la relación jurídico-privada que le vincula con la Administración podrá aplicársele la normativa laboral, puesto que con anterioridad la

¹⁶⁷ En el mismo sentido, la STS de 20 de enero de 1998.

¹⁶⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 146.

¹⁶⁹ En este sentido, las SSTs de 11 de marzo de 1993, F.D 2º (RJ 1993,1849), y de 21 de julio de 1992, F.D 3º (RJ 1992/5641).

Administración actúa con carácter de poder público en atención al interés general¹⁷⁰. De modo, que hay que entender, por tanto, que los actos del procedimiento de selección previos a la formalización del contrato y, en particular, la propuesta y resolución que fija la lista de aprobados son actos separables del posterior contrato y enjuiciables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁷¹.

Así pues, no resulta aplicable la normativa laboral, ni por vía de convenio colectivo, pues la regulación concreta de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público está excluida de la negociación, ya que se trata de una materia que afecta al derecho de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con relación a las cuales la Administración ejerce potestades públicas, por tanto, debe pensarse que se trata de un procedimiento de Derecho público indisponible por la autonomía colectiva¹⁷².

Aún así, no queda del todo clara la exclusión de la negociación colectiva en la regulación del acceso del personal laboral a la Administración Pública, aunque podríamos decir que esta se centrará sólo en los aspectos secundarios de dicha regulación. Por un lado, en su art. 37.1 c) dispone que *“serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos”*, y, por otro, en el apartado segundo del mismo artículo, letras b) y e) señala que *“quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación: la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas; la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”*.

De Nieves Nieto considera que, partiendo de que el mecanismo de acceso al

¹⁷⁰ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 48.

¹⁷¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho de la Función...”, op. cit., pág. 139.

¹⁷² DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 48.

empleo público constituye un procedimiento de formación de la voluntad de la Administración de naturaleza administrativa que, en principio, excluiría la posibilidad de negociación colectiva, deben negociarse colectivamente las normas que determinen los criterios generales en materia de acceso y, en cambio, no puede, negociarse su aplicación específica en cada caso, esto es, las bases concretas en cada procedimiento selectivo que se convoque¹⁷³.

Una vez establecido que en el acceso a la función pública sólo serán aplicables las normas de derecho administrativo, también resulta de interés hacer mención a ciertas instituciones para las que la legislación laboral se prevé de aplicación directa al personal laboral, expresamente o con leves matizaciones, entre las que cabe destacar: a) El régimen salarial, pues el art. 27 del TREBEP señala que *“las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el art. 21 del presente Estatuto”*; b) La clasificación profesional, que según el art. 77 del TREBEP se establecerá de conformidad con la legislación laboral; c) Las modalidades de contratos, así el art. 11 del TREBEP establece que el personal laboral podrá ser contratado en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral; d) La negociación colectiva, representación y participación del personal laboral que, de acuerdo con el art. 32 del TREBEP, se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente le son de aplicación, remisión que se refiere a la posibilidad de acuerdos conjuntos y sus efectos, que para este personal se vuelve a remitir al ET¹⁷⁴.

3. Requisitos para el acceso al empleo público por el personal laboral

EL art. 56 del TREBEP ha establecido cuáles son los requisitos que debe reunir el personal aspirante que desee participar en los procesos de selección para acceder al empleo público, con independencia de la naturaleza de la relación jurídica a través de la cual se vinculen con la Administración, introduciendo las principales novedades en materia de nacionalidad y en establecimiento de la edad mínima para acceder a un

¹⁷³ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público,...op. cit., pág. 49.

¹⁷⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., págs. 144 y 145.

empleo público.

La incorporación de estos requisitos no ha sido excesivamente novedosa con relación al personal funcionario, pues ya se encontraban recogidos en la normativa precedente al EBEP¹⁷⁵, sin embargo, sí que lo fue para el personal laboral por ser la primera vez que se detallaron, para este, en una norma de empleo público¹⁷⁶, otorgando el EBEP un tratamiento homogéneo al personal funcionario y laboral, aunque mantengan alguna diferencia en algunos de los requisitos.

3.1. El requisito de la nacionalidad

El primero de los requisitos a que hace alusión el art. 56 del TREBEP para poder participar en los procesos selectivos de acceso a la función pública viene referido a la necesidad de poseer la nacionalidad española. Sin embargo, dicha obligación como requisito para acceder a una Administración Pública, hoy en día, no puede ser entendida dejando al lado el proceso de construcción europea¹⁷⁷.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957¹⁷⁸, en su art. 2 alude a que la Comunidad tendrá por misión el establecimiento de un mercado común, y en su art. 3, al mencionar las acciones que la Comunidad llevará a cabo, se encuentra la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales. Dicha libertad aparece reflejada en los arts. 39 a 42 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), que sustituyeron a los arts. 48 a 51 tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997¹⁷⁹, ratificado por Instrumento de 23

¹⁷⁵ El art. 30.1 de la Ley de Funcionarios del Estado de 1964 (derogado, salvo que no exista normativa autonómica sobre la materia con arreglo a lo establecido en la disposición final 4ª, por disposición derogatoria única a del TREBEP), disponía que “*para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración será necesario: a) Ser español. b) Tener cumplidos dieciocho años de edad y no exceder de la edad que se establezca para cada cuerpo. c) Estar en posesión del título exigible o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias, en cada caso, y demás condiciones que reglamentariamente se determinen. d) No padecer enfermedad op defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones. e) No haber sido separado mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de la Administración local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas*”.

¹⁷⁶ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 49.

¹⁷⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 175.

¹⁷⁸ BOE 1 de enero de 1986, núm. 1.

¹⁷⁹ BOE 7 de mayo de 1999 núm. 109; rect. BOE 7 de agosto de 1999, núm. 188.

de diciembre de 1998. En particular, el art. 39 en su apartado segundo, establece que *“la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”*, y en su apartado tercero, hace mención a que la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

Sin embargo, frente a esta regla general, el art. 39.4 del TCE al establecer que *“las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los empleos en las Administraciones Públicas”*, da la posibilidad a que los Estados miembros restrinjan el acceso a un empleo público por razón de nacionalidad¹⁸⁰. Esta prohibición no afectará a cualquier empleo en la Administración Pública. La STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/1979, que enfrentó a la Comisión contra el Reino de Bélgica, afirma que los empleos o puestos de trabajo que se incluyen en el concepto de Administración Pública a efectos del art. 39.4 TCE son aquellos que, de un lado, impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la autoridad pública y, de otro, supongan una participación en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas.

Por tanto, lo determinante a efectos de que entre en juego la cláusula del art. 39.4 TCE será si el puesto concreto supone el ejercicio de funciones que impliquen el ejercicio de poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado¹⁸¹.

En el ámbito nacional, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, por la que se

¹⁸⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 176.

¹⁸¹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 183.

regulaba el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea¹⁸², que fue derogada por disposición derogatoria única del EBEP, establecía en su art. 1 que los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores. No obstante, no podrían acceder a aquellos puestos de trabajo que, aun perteneciendo a los sectores mencionados, implicasen ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, ya que en tal caso deberían ser ocupados por funcionarios de nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos.

También el art. 1 de la Ley 17/1993 hace mención al acceso a la función pública española de los nacionales de Estados que no siendo miembros de la Comunidad Europea, les resulta de aplicación la libre circulación de trabajadores en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, a los cuales les será de aplicación las disposiciones previstas en esta Ley relativas a la libre circulación de trabajadores¹⁸³.

Por su parte, el resto de ciudadanos extranjeros, que ni son comunitarios ni existe un Tratado que les reconozca tal derecho, ¿podrán acceder a la función pública española? La respuesta la encontramos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁸⁴, (en adelante, LOEX). Su artículo 10.2 en redacción vigente desde el 23 de enero de 2001 al 12 de diciembre de 2009, señalaba que “*los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de*

¹⁸² BOE 24 de diciembre de 1993, núm. 307.

¹⁸³ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 184 y 185.

¹⁸⁴ BOE 12 de enero de 2000 núm. 10; rect. BOE 24 de enero de 2000, núm. 20.

igualdad, mérito, capacidad y publicidad”. Por tanto, admitía esta posibilidad pero sólo respecto al personal laboral. En redacción actual, el apartado 2 del art. 10 dispone que *“los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en el TREBEP”*.

En consecuencia, actualmente el art. 57 del TREBEP pasa a regular el acceso al empleo público de los nacionales de otros Estados, trasladando casi en su totalidad el régimen que preveía la Ley 17/1993, de 23 de diciembre. En su apartado primero establece que *“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones públicas que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el art. 76 del TREBEP a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados”*. Del mismo modo, estas previsiones serán aplicables al cónyuge de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que no estén separados, y a sus descendientes y a los de su cónyuge menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes. En su apartado tercero, *“extiende el acceso al empleo público como personal funcionario a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los mismos términos que el apartado 1 de este artículo”*. Este artículo es menos restrictivo con respecto al acceso como personal laboral de extranjeros a la Administración Pública española, y así se deduce cuando establece que accederán en igualdad de condiciones que los españoles, los extranjeros mencionados en los apartados anteriores y aquellos con residencia legal en España. De este modo, se impide el acceso a los extranjeros no comunitarios a los empleos funcionariales, que sin embargo se posibilita respecto de los empleos laborales¹⁸⁵, aunque, como dispone el apartado quinto de este artículo, podría eximirse el requisito de la nacionalidad sólo por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas

¹⁸⁵ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 157.

legislativas de las Comunidades Autónomas por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.

Por tanto, y de conformidad con lo sostenido por De Nieves Nieto, podemos deducir que el acceso de los extranjeros al empleo público se ha llevado a su máxima expresión cuando se trata de la cobertura de plazas laborales, mientras que se encuentra fuertemente restringido si la plaza a cubrir es funcionarial¹⁸⁶, reservando aquellos puestos que impliquen la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas a nacionales españoles.

3.2. Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas

El apartado b) del art. 56.1 del TREBEP exige para el acceso al empleo público el requisito de poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas. Por tanto, al aspirante se le va a exigir poseer la capacidad laboral (aptitud psicofísica y competencia técnica) y encontrarse en condiciones para poder desempeñar las tareas correspondientes al puesto que pretende ocupar¹⁸⁷; exigencia que deberá hacerse compatible con el acceso al empleo público de las personas con discapacidad mediante medidas de discriminación positiva para fomentar la incorporación de este colectivo a la Administración Pública, debiéndose matizar que, aun cuando es procedente exigir determinados requisitos de aptitud física y mental, nada puede justificar condiciones incompatibles con la no discriminación de las personas con discapacidad¹⁸⁸. Para ello, el art. 59.1 del TREBEP establece una reserva en las ofertas de empleo público de un cupo no inferior al 7 por ciento de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las

¹⁸⁶ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 58.

¹⁸⁷ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *RMTEI* núm. 93, 2011, pág. 24.

¹⁸⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 157.

plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad¹⁸⁹.

A estos efectos, son consideradas personas con discapacidad las definidas en el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹⁰, esto es, aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, y que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Y para garantizar el proceso selectivo y el acceso de las personas con discapacidad, el art. 59.2 TREBEP dispone que *“cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”*¹⁹¹.

Conviene hacer un paréntesis y realizar algunas precisiones relacionadas con la regulación del empleo de las personas con discapacidad.

La Unión Europea en el art. 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea¹⁹² (en adelante, TFUE) habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas

¹⁸⁹ RUBIO DE MEDINA, M., “Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. Acceso al empleo público y personas discapacitadas: la comprobación de la aptitud”, XXXIII Jornadas Universitarias Andalusas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de temas laborales, 2015, pág. 180.

¹⁹⁰ BOE 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

¹⁹¹ RUBIO DE MEDINA, M., “Reforma de las Administraciones Pública..., op. cit., pág. 180 y ss.

¹⁹² Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa), Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la

para luchar contra la discriminación por varios motivos, entre ellos, la discapacidad.

En desarrollo de esta competencia, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁹³, obliga a los Estados a prohibir la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, así como a promover medidas positivas de igualdad de oportunidades, y a adoptar los ajustes necesarios para remover las barreras u obstáculos que puedan afectar a las personas con discapacidad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública¹⁹⁴.

En el ámbito nacional, el art. 49 de la Constitución impone a los poderes públicos el deber de llevar a cabo una política orientada hacia la integración y atención especializada de los disminuidos físicos. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre contiene un amplio catálogo de medidas para la integración social de los minusválidos y proporciona un marco general para la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y pretende la incorporación al ordenamiento español del nuevo enfoque de las políticas de igualdad, insistiendo en la accesibilidad universal a que se refieren las normas europeas. También, hay que destacar, por un lado, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social¹⁹⁵, cuyos artículos 27 y siguientes contienen medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad y, por otro, la Ley 53/2003, de 10 diciembre, de acceso al empleo público de los discapacitados¹⁹⁶, que modifica la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, estableciendo una reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes de la oferta de empleo público para ser cubiertas entre

Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 16 febrero 2010, núm. 41(castellano); BOE 1 junio 2010, núm. 133

¹⁹³ DOL 2 de diciembre de 2000, núm. 303. (LCEur\2000\3383).

¹⁹⁴ Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social de las personas con discapacidad (DOC 2005/136).

¹⁹⁵ BOE 31 diciembre de 2003, núm. 313; rect. BOE 3 enero de 2004, núm. 3; rect. BOE 1 abril de 2004, núm. 79; rect. BOE 16 abril de 2004 núm. 9-Suplemento; rect. BOE 1 mayo de 2004, núm. 6-Suplemento.

¹⁹⁶ BOE 11 de diciembre de 2003, núm. 296.

personas con discapacidad, de modo que, que se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado. Conviene hacer mención también a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹⁷.

En nuestro país las políticas de empleo han atendido a la integración e inserción laboral de los discapacitados, y así se contempla en el art. 30 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo¹⁹⁸. También la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 aprobada por Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre¹⁹⁹, hizo referencia de manera expresa a los discapacitados dentro de los colectivos con especiales dificultades de empleo. La Ley 3/2012, de 6 de julio²⁰⁰, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral encargó al Gobierno la preparación de un nuevo marco legal de medidas de inserción laboral de los discapacitados (Disposición final 12ª. 3)²⁰¹.

Entre las medidas utilizadas para la integración e inserción laboral de los discapacitados se encuentran: formación profesional y orientación laboral por un lado, y fomento del empleo por otro. En esos fines inciden, no obstante, otras muchas medidas de protección en el trabajo, protección y asistencia social, e integración en la sociedad y en la empresa.

En todo caso, las medidas de inserción laboral de eficacia más inmediata son las de fomento del empleo, que se han desarrollado a través de medidas de contenido económico, como subvenciones, bonificaciones en las cuotas sociales, desgravaciones fiscales, y de medidas de carácter institucional, como contratación temporal, contratos para la formación, reserva de puestos de trabajo, centros especiales de empleo y centros ocupacionales²⁰².

¹⁹⁷ BOE 2 de agosto de 2011, núm. 184; rect. BOE 8 octubre de 2011, núm. 243.

¹⁹⁸ BOE 24 de octubre de 2015, núm. 255.

¹⁹⁹ BOE 23 de septiembre de 2014, núm. 231; rect. BOE 14 de noviembre de 2014, núm. 276.

²⁰⁰ BOE 7 julio de 2012, núm. 162.

²⁰¹ Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social de las personas con discapacidad (DOC 2005/136), págs. 4 y ss.

²⁰² Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social

Por su parte, el TRET en su art. 4. 2 c) establece que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados por razón de discapacidad. El art. 17.1 dispone que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad²⁰³.

Por otro lado, existe la posibilidad de que la enfermedad que ha ocasionado la discapacidad se acreciente. El TRET, en relación con la extinción de la relación laboral, prevé, por un lado, que el empresario podrá extinguir la relación laboral como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (art. 49.1 TRET), salvo que exista previsión de mejoría en el plazo de dos años (art. 48.2 TRET) y, también, como consecuencia de una ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52. a) TRET)²⁰⁴.

Rubio de Medina considera que aún queda un largo camino por recorrer para lograr la integración de las personas discapacitadas en el mercado laboral y que la Administración Pública deberá introducir mecanismos que impulsen su acceso al empleo en virtud de los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁰⁵.

El art. 56.2 del TREBEP añade una exigencia adicional de capacitación al establecer, que *“las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales”*. Este precepto debe ser puesto en conexión con el art. 54.11 del TREBEP que establece que *“los empleados públicos garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que solicite siempre que sea oficial en el territorio”*. Este

de las personas con discapacidad (DOC 2005/136), págs. 8 y ss.

²⁰³ Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social de las personas con discapacidad (DOC 2005/136), pág. 31.

²⁰⁴ Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social de las personas con discapacidad (DOC 2005/136), pág. 33.

²⁰⁵ RUBIO DE MEDINA, M., “Reforma de las Administraciones Pública...”, op. cit., pág. 190 y ss.

precepto no obliga directamente al empleado público a atender en la lengua autonómica al administrado, sino a garantizar tal atención (garantía que quedaría cumplida si el empleado remitiera al administrado a otro empleado público conocedor de dicha lengua; en tal caso sería la Administración y no el empleado la que estaría obligada a garantizar la atención al ciudadano en la lengua autonómica)²⁰⁶. Aunque las lenguas españolas distintas al castellano son oficiales en sus respectivas Comunidades Autónomas, nuestra Constitución en su art. 3 sólo impone a todos los españoles el deber de conocer el castellano, aún así, se viene considerando que la exigencia de una lengua propia para acceder al empleo público no lesiona el principio de igualdad del art. 22.3 de la CE, siempre que tal conocimiento venga exigido por la naturaleza del puesto a cubrir. La jurisprudencia constitucional entiende que la exigencia de ese conocimiento puede venir integrada en el principio de mérito y capacidad recogido en el art. 103.3 CE (STC 46/1991, de 28 de febrero)²⁰⁷.

3.3. Tener más de dieciséis años y no exceder en su caso, de la edad de jubilación forzosa

Novedad que fue introducida por el EBEP al establecer como requisito para poder participar en los procesos selectivos tener al menos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. También establece, que sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación, para el acceso al empleo público.

De esta forma se aplica el límite de edad mínimo previsto por la legislación laboral, aunque hay que tener en cuenta que el TRET regula ciertas limitaciones para estos trabajadores mayores de 16 años y menores de 18 (no pueden realizar trabajos nocturnos ni actividades o puestos de trabajo declarados insalubres, penosos, nocivos o peligrosos para su salud o para su formación profesional y humana, no pueden realizar horas extraordinarias, etc. (art. 6 del TRET). También, se limita su capacidad para contratar la prestación de su trabajo, siendo necesario el consentimiento de sus padres o tutores, o bien autorización de la persona o institución que les tenga a su

²⁰⁶ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito,... op. cit., pág. 24.

²⁰⁷ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito,... op. cit., pág. 24.

cargo (art. 7 del TRET)²⁰⁸. En cuanto a la jornada de trabajo, no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y los periodos de descanso tendrán una duración mínima de treinta minutos, y deberá de establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media (art. 34 TRET).

En cuanto al límite máximo para acceder a la Administración Pública, fijado por el TREBEP en la edad máxima de jubilación forzosa, parece referirse sólo a los funcionarios, ya que sólo respecto a ellos se prevé la jubilación forzosa por cumplimiento de edad (art. 67.1 b y 3) y se establece que la jubilación total del funcionario es causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera (art. 63. c). Por tanto, al no contener el TREBEP disposición sobre el cese del personal laboral por cumplimiento de la edad de jubilación, ha de entenderse que ésta se rige por la legislación laboral²⁰⁹.

3.4. No haber sido separado del servicio o hallarse inhabilitado

El art. 56.1 d) del TREBEP se refiere a dos supuestos: por un lado, no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales (Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo) o estatutarios de las Comunidades Autónomas (Parlamentos Autonómicos, etc.); por otro, no hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado e inhabilitado.

La regla es común a funcionarios y laborales, ya que el régimen disciplinario de unos y otros se encuentra unificado en el Título VII del TREBEP, sin embargo, el cese disciplinario del trabajador de la Administración presenta alguna particularidad

²⁰⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., págs. 189 y 190.

²⁰⁹ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito...”, op. cit., págs. 24 y 25.

con el régimen de separación del servicio del funcionario²¹⁰.

En cuanto al primer supuesto hay que destacar que el TREBEP se refiere a cualquier Administración Pública, por lo que debe resultar indiferente que la Administración para la que se prestaba servicio cuando se expedientó al empleado público sea distinta de la que convoque la plaza a la que se pretende acceder. También, hay que hacer mención a que la separación del servicio mediante expediente disciplinario tiene carácter permanente en el tiempo, sin que quepa la rehabilitación²¹¹. Sin embargo, en el supuesto de inhabilitación, el TREBEP en su art. 68.2 permite la rehabilitación al establecer, “*que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido*”.

También el art. 56. 1 d) del TREBEP prohíbe la participación en procesos selectivos a los nacionales de otros Estados cuando se hallen inhabilitados o en situación equivalente, o hubieran sido sometidos a sanción disciplinaria que les impida en su Estado acceder al empleo público²¹².

3.5. Poseer la titulación exigida

Otro de los requisitos establecidos en el art. 56.1 e) del TREBEP para el acceso al empleo público es “*poseer la titulación exigida*”. Parece que se refiere a la titulación que el art. 76 del TREBEP exige para el acceso a los grupos y subgrupos en los que se clasifican los cuerpos y escalas funcionariales o en los grupos profesionales que engloban las diferentes categorías, según los correspondientes convenios colectivos del sector que, como regla general, se ordenan en función del nivel de la titulación. También se podrá exigir en la convocatoria de selección una titulación específica cuando se trate de profesión para la que sólo esa determinada titulación habilite por norma legal aunque, en cualquier caso, esta debe ser adecuada

²¹⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito,... op. cit., pág. 25.

²¹¹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 194.

²¹² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 196.

para las tareas que haya de desempeñar y no otras²¹³.

3.6. Otros requisitos

También el art. 56.3 del TREBEP dispone que *“podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general”*.

4. Los órganos de selección

La configuración y actuación de los órganos de selección forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. Para que los ciudadanos se encuentren en condiciones de igualdad al acceder al empleo público es necesario que los órganos encargados de la selección aseguren que sólo el mérito y la capacidad determinen la selección de los empleados públicos²¹⁴.

Estos órganos se podrían definir como una agrupación de personas, empleados públicos, a los que se les encomienda la tarea de reclutar al personal que prestará servicios en las Administraciones Públicas. Estas personas van a ejercer de manera ordinaria la actividad establecida para su puesto de trabajo distinta a la de seleccionar personal, pero son reclamados en ciertas ocasiones para formar parte de estos órganos de selección²¹⁵.

El art. 60 del EBEP introdujo ciertas novedades destinadas a garantizar la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, al establecer en su apartado primero que *“los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre”*.

Si analizamos las previsiones establecidas en este artículo, debemos afirmar, en primer lugar, que la exigencia de órganos de selección colegiados excluye la

²¹³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial...*, op. cit., pág. 159.

²¹⁴ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op. cit., pág. 100.

²¹⁵ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., págs. 210 y 211.

posibilidad de que la selección de los empleados públicos sea llevada a cabo por órganos unipersonales. De manera que, los órganos de selección colectivos, deliberarán y, valiéndose de las distintas opiniones y puntos de vista de sus miembros, adoptarán sus decisiones democráticamente a través del consenso, unanimidad o mayoría, expresando su voluntad de forma unitaria.

En cuanto a que su composición debe ajustarse al principio de imparcialidad, este principio no sólo conlleva aplicar las reglas sobre abstención y recusación contenidas en los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)²¹⁶, sino cualesquiera otras que aseguren la ausencia de favoritismos derivados de la relación de los miembros de los órganos de selección con los aspirantes²¹⁷. Por tanto, la imparcialidad implicará excluir la legitimidad de los miembros del órgano de selección cuando concurren circunstancias que desde el punto de vista subjetivo u objetivo hagan perder la objetividad de criterio²¹⁸.

Para garantizar la imparcialidad, el art. 60.2 del TREBEP dispone que “*el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección*”. La exclusión del personal cuyo nombramiento ha sido a través de una decisión política responde a la finalidad de evitar interferencias políticas que puedan mermar el principio de

²¹⁶ El art. 23 LRJSP en su apartado primero, dispone que “*las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. El apartado segundo señala como motivos de abstención: a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior; d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar*”. Por su parte, el art. 24 LRJSP hace referencia a la recusación, y en su apartado primero establece que “*en los casos previstos en el artículo 28 podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento*”.

²¹⁷ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 58.

²¹⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 211.

igualdad en el acceso al empleo público.

Del mismo modo, los funcionarios interinos no podrán formar parte de los órganos de selección, al encontrarse ocupando puestos en la Administración tan sólo de manera provisional y con carácter temporal y su sistema de ingreso puede no haber implicado la superación de pruebas selectivas de acceso a un cuerpo de funcionarios, por lo que sería incoherente que pudieran juzgar el mérito y la capacidad de otros candidatos.

El legislador en este artículo no ha prohibido la presencia del personal laboral temporal en los órganos de selección, lo que no parece más que un olvido; aún así, y debido a su provisionalidad y temporalidad, al igual que ocurre con los funcionarios interinos, podemos entender que tal olvido no impedirá la extensión de la regla a este colectivo de empleados públicos²¹⁹.

También el legislador con la redacción del art. 60.3 del TREBEP busca la imparcialidad de los órganos de selección al establecer que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*. Podemos deducir que el legislador pretende excluir de tales órganos a los representantes de las organizaciones sindicales, así como a los representantes unitarios de los empleados públicos. Por tanto, se prohíbe a estas organizaciones la designación o propuesta de los miembros de los órganos de selección, ya que en caso contrario se podría llegar a viciar de nulidad el proceso selectivo²²⁰. Convenimos, junto con De Nieves Nieto, que, en la actualidad, no pueden ser aplicadas aquellas previsiones contenidas en muchos convenios colectivos del personal laboral que prevén la presencia de representantes de los trabajadores en las comisiones de selección de empleados públicos²²¹.

En la misma línea, Ramos Moragues hace referencia a que, en el marco del propósito genérico de garantizar la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección, el legislador ha apostado, con buen criterio, por eliminar cualquier influencia externa que pudiera contaminar la decisión de estos haciéndoles perder su

²¹⁹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 214.

²²⁰ STSJ de Cantabria núm. 277/2012, de 30 de marzo F.D. 6 (JUR 2012,378488).

²²¹ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., págs. 65 y 66.

objetividad. No obstante, hay que advertir que lo que no impide el EBEP es la presencia en los órganos de selección de personas que tengan la condición de afiliados a un sindicato o asociación de empleados públicos, siempre y cuando su presencia en dicho órgano no responda a una designación o propuesta del sindicato o asociación²²².

En relación al personal laboral fijo, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 61.7 del TREBEP que establece en su párrafo segundo que “*las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos*”, se ha llegado a relacionar el contenido de este artículo con la posibilidad de incluir a los representantes de los empleados públicos en los órganos selectivos, llegando incluso a parecer que su redacción resulta contradictoria con el del mencionado artículo 60.3 del TREBEP. Esta propuesta no puede ser acogida y ello porque ambos artículos regulan aspectos distintos de la selección de personal: los órganos de selección (art. 60.3 TREBEP) y los sistemas selectivos (art. 61.7 TREBEP). Por tanto, debe tenerse en cuenta que el art. 61 se refiere a la posibilidad de que, mediante negociación colectiva, se puedan trazar formas de colaboración en el desarrollo de los procesos selectivos del personal laboral fijo, pero nunca la participación de representantes sindicales como miembros de los órganos de selección²²³.

Ramos Moragues considera que lo que permite el art. 61.7 del TREBEP es la labor fiscalizadora por parte de las organizaciones sindicales, esto es, posibilitar la presencia de estos a efectos de controlar que la composición y actuación del órganos de selección, así como el desarrollo del proceso selectivo, tenga lugar según lo establecido por el EBEP; pero, reiteramos, en ningún caso, ello puede traducirse en la participación sindical en los órganos de selección²²⁴.

En cuanto al requisito de profesionalidad de los órganos de selección, este hace referencia a la posesión por sus componentes de la adecuada y suficiente formación

²²² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 216 y 217.

²²³ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 66.

²²⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., págs. 217 y 218.

sobre las materias objeto de examen en el correspondiente proceso selectivo²²⁵. La exigencia de profesionalidad se refiere a todos y cada uno de los miembros del órgano de selección y no al órgano como tal en su conjunto.²²⁶

También el art. 60.1 del TREBEP hace alusión, respecto a la composición de los órganos de selección, a la tendencia hacia la paridad entre mujer y hombre, buscando, de este modo, lograr el objetivo establecido por el art. 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²²⁷, el cual establece que *“las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración”*.

Dicho objetivo es puesto de manifiesto en el art. 53 de la mencionada Ley para la Igualdad, que dispone: *“todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos”*.

Como se deduce del contenido del art. 53, hay que diferenciar el régimen establecido, referido exclusivamente a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, del establecido en el art. 60.1 del TREBEP que es aplicable a todas las Administraciones Públicas²²⁸.

Podemos observar que aunque el TREBEP tiende hacia ese objetivo de paridad, no es tan contundente como la Ley 3/2007, de 22 de marzo en ese sentido. La excepción establecida por el art. 53 de la Ley 3/2007, referida a que razones

²²⁵ STC núm. 85/1983, de 25 de octubre F.J. 8 (RTC1983,85)

²²⁶ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., págs. 66 y 67.

²²⁷ BOE 23 de marzo de 2007, núm. 71.

²²⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 212.

fundadas y objetivas pueden justificar la no aplicación de ese criterio en un concreto acto de constitución del órgano selectivo y que, en caso de que concurran, la Administración deberá motivar la falta de composición equilibrada, no se recoge por el TREBEP. Por tanto, aun no siendo posible la constitución del órgano selectivo según la regla del equilibrio del TREBEP, esta circunstancia no afectaría al proceso de selección; sin embargo, para la Ley de Igualdad sería necesaria motivar la falta de equilibrio en el caso concreto y, faltando esta, el proceso selectivo podría anularse²²⁹.

Otra diferencia entre ambas leyes la encontramos en que mientras el TREBEP se refiere a la paridad, la disposición adicional primera de la Ley 3/2007 alude a la composición equilibrada entre mujeres y hombres, entendiéndose por tal *“la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*²³⁰.

5. La selección de los empleados públicos laborales

El TREBEP dedica su art. 61 a la regulación de los procesos selectivos diferenciando, por un lado, los principios informadores de los sistemas selectivos, a continuación, las pruebas de selección, y, finalmente, los sistemas selectivos propiamente dichos.

Se establece el carácter abierto y la garantía de la libre concurrencia en los procesos selectivos para acceso al empleo público de carácter funcionarial y laboral, apareciendo dos supuestos como excepción a dicho principio: las medidas de acción positiva y lo establecido para la promoción interna. La primera excepción ya ha sido comentada en este capítulo y ha sido establecida por el art. 59 del TREBEP que exige que en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

²²⁹ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 67.

²³⁰ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 67.

En cuanto a la segunda excepción, las disposiciones transitorias segunda y cuarta del TREBEP recogen los dos supuestos típicos de promoción en el ámbito del empleo público, de un lado, la funcionarización del personal laboral y, de otro, la consolidación del personal temporal²³¹. Con respecto a los primeros, la disposición transitoria segunda del TREBEP dispone que *“el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviere desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos. Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas para acceder a esta condición”*.

Por su parte, la disposición transitoria cuarta del TREBEP establece que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotadas presupuestariamente y se encuentren desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

EL legislador, en el art. 61.2 del TREBEP, insiste en la necesidad de la existencia de adecuación entre las pruebas selectivas y el desempeño de las tareas de los puestos convocados, para lo cual se prevé la posibilidad de la realización de ejercicios que acrediten la posesión de habilidades y destrezas, la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, la superación de pruebas físicas²³².

Por otra parte, el art. 61.8 del TREBEP dispone que los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, excepto cuando así lo prevea la propia

²³¹ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 68.

²³² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 232.

normativa. No obstante, cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seleccionados antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos para su posible nombramiento como funcionarios de carrera.

Para Ramos Moragues este precepto, referido en principio al personal funcionario, debe de resultar también de aplicación respecto del acceso del personal laboral, ya que no existe razón alguna que permita mantener lo contrario, habida cuenta de que se trata de un principio genérico informador de los sistemas selectivos²³³.

6. Sistemas selectivos de personal funcionario y laboral

Cabe apreciar que el TREBEP en esta materia establece un régimen jurídico diferente entre el personal funcionario y el laboral. Para el colectivo de funcionarios contempla como sistemas ordinarios de selección la oposición y el concurso-oposición, no permitiéndose, en ningún caso, en el sistema de concurso-oposición que la valoración de los méritos pueda condicionar por sí misma el resultado del proceso selectivo (art. 61. 3 del TREBEP)²³⁴.

El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado²³⁵, en su art. 4. 2 establece que “*la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación; el concurso, en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos, y el concurso-oposición, en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores*”.

Junto al mantenimiento de los tradicionales sistemas ordinarios de selección para el personal funcionario de oposición y concurso-oposición, el TREBEP en su art.

²³³ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 233.

²³⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., pág. 234.

²³⁵ BOE 10 de abril de 1995, núm. 85.

61.6 permite la posibilidad de acudir, con carácter excepcional, al sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de los méritos, y al que solo se puede acudir si está previsto expresamente en una ley. De manera que el concurso, podrá aplicarse para seleccionar funcionarios, sólo, si está previsto en una Ley especial²³⁶.

Por tanto, se deduce que el concurso de méritos ocupa un lugar marginal en la selección de funcionarios de carrera, traducción normativa de la desconfianza que lo rodea²³⁷; así se deduce del contenido del art. 4.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que establece que *“la oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso”*.

Sin embargo, para el personal laboral, se establece un régimen mucho más flexible, permitiéndose, indistintamente, acudir para la selección de personal laboral fijo a los sistemas selectivos de oposición, concurso-oposición y concurso de valoración de méritos. Por tanto, no se establece ningún orden de prioridad entre tales sistemas, lo que no quiere decir que la Administración Pública goce de total libertad a la hora de decantarse por uno u otro sistema, y así se deduce de lo dispuesto en los arts. 61.2 del TREBEP al establecer que *“los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas”*²³⁸ y 55.2 del TREBEP que establece, como ya se hizo mención con anterioridad, entre las garantías de los procedimientos de selección, el cumplimiento del principio de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

Por tanto, se establece un sistema más flexible para la selección de personal laboral fijo que para el funcionario, y dada la intención del legislador de llegar a un gran acercamiento entre ambos regímenes jurídicos, en este aspecto parece que deja huir una buena oportunidad.

²³⁶ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 69.

²³⁷ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op. cit., págs. 93 y 94.

²³⁸ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 69.

Vivero Serrano no entiende por qué no se adopta el mismo criterio en la selección de personal laboral fijo que en la de funcionario, dejando en manos de los órganos administrativos un margen de maniobra mucho más amplio a la hora de seleccionar personal laboral fijo que cuando se trata de funcionarios públicos de carrera. No comprende por qué si las tareas a desempeñar por funcionarios y contratados laborales no son en general diferentes, excluidas por supuesto las vinculadas al ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 del TREBEP), los sistemas selectivos difieren, convirtiendo la selección de contratados laborales fijos en sospechosa²³⁹.

Por otra parte, el TREBEP, a diferencia de lo previsto para el personal laboral fijo, no hace mención a los sistemas de selección de personal laboral temporal, por lo que, se podría decir, que deja abierta la posibilidad de establecer otros sistemas selectivos distintos para el personal temporal laboral. Esta ausencia resulta preocupante debido a la necesidad de aplicar a este personal, en el acceso a la función pública, los mismos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que para el resto de empleados públicos; por tanto, la ausencia de un procedimiento regulado expresamente en el TREBEP no significa que se pueda actuar al margen de los principios rectores de acceso al empleo público recogidos en el art. 55 del TREBEP²⁴⁰, y así los establece este artículo al reconocer que las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el art. 2 del presente Estatuto, seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el resto de principios rectores ya referidos.

Si intuye que la celeridad requerida para la cobertura de puestos temporales podría ser la excusa, evitando, de esta manera los procesos selectivos demasiado lentos y prolongados en el tiempo. Pero la búsqueda de la celeridad o la urgencia a la hora de tener que acometerse una contratación no puede suponer una disminución de las garantías y la objetividad que deben aplicarse en todo proceso selectivo en la Administración Pública, no debiendo obviarse, en ningún caso, los principios de

²³⁹ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op. cit., págs. 94 y 95.

²⁴⁰ DE NIEVES NIETO, N., "El acceso al empleo público...", op. cit., pág. 70.

igualdad, mérito y capacidad, prevaleciendo estos incluso sobre la urgencia en la cobertura de un puesto. Existen otros métodos procedimentales que permiten, además de garantizar estos principios, agilizar los procesos selectivos: la reducción, en lo posible, de los plazos o la aplicación de una adecuada planificación de los recursos humanos que facilite la provisión de vacantes. Con relativa frecuencia se han utilizado las bolsas de trabajo²⁴¹, que se pueden definir como el lugar físico o virtual donde tanto oferentes como demandantes de empleo puedan encontrar de manera rápida y organizada la información que requieren. Estas permiten satisfacer las necesidades de personal de la Administración de manera rápida, aunque su uso conlleva el riesgo de vulnerar los principios constitucionales que presiden el acceso al empleo público; no obstante, en muchas ocasiones, estas se integran por aspirantes a la última convocatoria de la oferta de empleo público que hayan superado al menos una de las pruebas para acceso a ese determinado puesto²⁴².

Podemos decir que el TREBEP pretende garantizar que los procesos de selección del personal funcionarial y laboral cumplan los principios rectores del acceso a la función pública. Como ya hemos hecho mención anteriormente, cuidará de que exista una especial conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas precisas. También amplía el tipo de pruebas haciendo hincapié en la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas (art. 61.2 TREBEP). Alude igualmente a la posibilidad de completar las pruebas con la superación de cursos, periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas y, cuando proceda, a través

²⁴¹ El art. 36.3 de la Resolución de 3 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE núm. 273 de 12 de noviembre de 2009), recoge las características de este sistema de selección para el personal temporal, estableciendo que “*podrán establecerse relaciones de candidatos, de estructura provincial y aprobadas por la Dirección General de la Función Pública, para la sustitución temporal de trabajadores, bien a partir de procesos de selección de personal laboral de carácter fijo del ámbito del Convenio y de idéntica o similar categoría a aquella que se pretende seleccionar, bien mediante convocatoria pública al efecto. En este último supuesto, se podrán realizar para aquellas categorías en las que se produzca un nivel significativamente elevado de contrataciones, con informe favorable de la Dirección General de la Función Pública para garantizar la homogeneidad de las mismas*”.

²⁴² DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., págs. 70 y 71.

de reconocimientos médicos (art. 61.5 TREBEP)²⁴³.

Debemos hacer alusión también a que las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública (art. 61.4 del TREBEP)²⁴⁴.

Por tanto, a lo largo de este capítulo hemos podido observar como la Ley 7/2007, de 12 de abril y, actualmente, el TREBEP pretenden lograr la objetividad en la selección de los empleados públicos. Pero aún en su intento de homogeneizar ambos regímenes jurídicos, continua estableciendo diferencias entre ambos, en este caso, en aspectos como el acceso al empleo público, en los que al legislador no le hubiera costado ningún trabajo establecer el mismo procedimiento de acceso para funcionarios de carrera como para personal laboral fijo.

²⁴³ DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público...”, op. cit., pág. 7.

²⁴⁴ En Andalucía el Instituto Andaluza para la Administración Pública (IAAP).

CAPÍTULO IV. REGLAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Dualidad de regímenes y limitaciones en materia de negociación colectiva en el ámbito público

La dualidad de regímenes entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se refleja también cuando nos referimos a la negociación colectiva.

El artículo 7 del TREBEP dispone que *“el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*. Por tanto, todos los preceptos del TREBEP que hagan referencia a empleados públicos (el art. 8 del TREBEP los clasifica en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual) en sentido genérico y aquellos que expresamente hagan referencia al personal laboral, serán de aplicación directa a éstos, siendo de aplicación la legislación laboral común en todo lo demás²⁴⁵.

Por su parte, el art. 15 del TREBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo y el art. 31.1 señala que *“los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo”*. En cuanto al personal laboral, el art. 32 del TREBEP dispone que *“la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del Capítulo IV del Título III del EBEP que expresamente le son de aplicación”*.

De manera que el derecho a la negociación colectiva del personal laboral será regulado por la norma laboral común (Título III, Capítulos I y II del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, arts. 82 a 92), salvo los aspectos concretos que en el

²⁴⁵ VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, pág. 1, 2014.

ejercicio de este derecho establezca el TREBEP, que, como ya hemos referido, serán de aplicación directa a este personal²⁴⁶.

EL EBEP no ha detallado el régimen en materia de negociación colectiva que soporta las relaciones de la Administración Pública como empleadora con su personal laboral, sino tan solo ha perfilado las normas estatutarias aplicables a estos trabajadores, cuyos contratos laborales se regulan esencialmente por el TRET y los convenios colectivos. Por tanto, la existencia de dos sistemas jurídicos en esta materia va a dificultar que el alcance del derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas sean coincidentes para el personal laboral y funcionario²⁴⁷.

Son varias las previsiones que contiene el Estatuto, el art. 37.1 del TREBEP hace mención a las materias que, en el ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda, serán objeto de negociación. Al no hacer referencia a quién va dirigido, entendemos que se dirige al conjunto de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas. Entre estas materias se encuentran: la aplicación del incremento de las retribuciones que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; los planes de previsión social complementaria; los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; los criterios generales de acción social; las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; los criterios generales sobre oferta de

²⁴⁶ VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 4.

²⁴⁷ MERINO SEGOVIA, A., *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Albacete, Bomarzo, 2014, págs. 8 y ss.

empleo público; las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

En contraposición, el art. 85.1 del TRET marca un contenido abierto en materia de negociación, estableciendo que *“dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y en general cuantas afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...”*, pero este contenido no es contrario a la lista señalada por el art. 37.1 del TREBEP, que presenta un carácter abierto y no exhaustivo²⁴⁸.

De la redacción del art. 37.1, se deduce que el legislador con este precepto establece la obligatoriedad de negociación en cuanto a las materias y condiciones de trabajo, siendo estas trasladadas al ámbito de la negociación entre sindicatos y Administración empleadora.

Siguiendo a la doctrina especializada en la materia, podríamos decir, y atendiendo a la complementariedad existente entre las materias objeto de negociación relacionadas por los arts. 37.1 del TREBEP y 85.1 del TRET, que el problema en cuanto a la amplitud del contenido de la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas no reside tanto en la aplicación de las materias que se señalan como objeto de negociación, sino en las limitaciones que afectan al derecho a la autonomía colectiva de los empleados públicos, que deriva de los principios constitucionales, como el de reserva de Ley, distribución de competencias, cobertura presupuestaria...²⁴⁹.

El art. 33.1 del TREBEP hace mención a los principios informadores de la negociación colectiva en la Administración Pública y aunque se refiere a los funcionarios públicos, no cabe duda de que están vinculados al carácter público del

²⁴⁸ VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 5.

²⁴⁹ VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 6.

empleador, por lo que su aplicación ha de extenderse de manera necesaria a la negociación colectiva laboral en las Administraciones Públicas. Este artículo se refiere a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia²⁵⁰.

En cuanto al principio de legalidad, el carácter limitado de la negociación colectiva del personal funcionario y laboral²⁵¹ se manifiesta de varias formas: Por un lado, se excluyen de la negociación las siguientes materias relacionadas en el art. 37.2 del TREBEP: potestades de organización de las Administraciones Públicas, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional²⁵². Podríamos decir, que son materias innegociables, por encontrarse reservado a la Ley, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos. Tampoco será negociable, por tratarse de materias de procedimiento administrativo, ajenas a las cuestiones de personal, el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, ya que la negociación no puede afectar a derechos e intereses de terceros, ni al régimen general y común de producción de las decisiones de las Administraciones Públicas. Por este mismo motivo, se excluye de la negociación colectiva la regulación y determinación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público, ya que afectan a derechos de terceros no representados y amparados por el derecho de todos los ciudadanos al acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. En cuanto a la negociación de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, y a los

²⁵⁰ FUENTES RODRÍGUEZ, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Administración Pública”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, pág. 11, 2014.

²⁵¹ Aunque toda la negociación colectiva laboral lo está en base al respeto a las leyes establecido por el art. 85.1 del ET.

²⁵² DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete, Ed. Bormazo, 2014, págs. 132 y 133.

poderes de dirección y control, podríamos aludir, que su exclusión deriva del principio de jerarquía y del poder de autoorganización reconocido por el artículo 103.1 de nuestra Constitución a las Administraciones Públicas. Por último, señalar que la negociación colectiva de la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo ya se encontraba excluida incluso de la negociación colectiva laboral del sector privado²⁵³.

Por otra parte, existen otras materias en las que, aunque cabe en principio negociar, esa negociación queda subordinada a una aprobación posterior, sea a través de Ley o reglamento (negociación pre legislativa o pre normativa) o tiene que ser ratificada por el órgano competente. Por tanto, de las materias que el art. 37.1 del TREBEP “*señala que son objeto de negociación, algunas contarán con eficacia jurídica normativa directa y sin limitaciones, y otras carecerán de eficacia jurídico-normativa directa por existir reserva de Ley material, quedando mermada la autonomía negociadora de las partes, teniendo sólo lo pactado valor de propuesta*”²⁵⁴.

En cuanto al principio de cobertura presupuestaria está completamente vinculado al principio de legalidad, y deriva de la exigencia de nuestra Constitución de que los Presupuestos Generales del Estado sean anuales y deban incluir la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal (art. 134.2 CE), afectando a un aspecto esencial de la negociación colectiva laboral y funcionarial, como es el aspecto retributivo²⁵⁵.

En materia retributiva, la negociación, según señala el art. 37.1 a), se refiere a la “*aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas*”, quedando, por tanto, el acuerdo sobre el incremento de las nuevas retribuciones condicionado a su aprobación en las normas presupuestarias²⁵⁶. El art. 19 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de

²⁵³ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., págs. 274-276.

²⁵⁴ VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos...”, op. cit., pág. 7.

²⁵⁵ FUENTES RODRÍGUEZ, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva...”, op. cit. pág. 11.

²⁵⁶ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones...*, op. cit. pág. 133.

Presupuestos Generales del Estado para el año 2016²⁵⁷, en su apartado segundo dispone “*que en el año 2016, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 1 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2015, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo*”. El apartado cuarto de este artículo se refiere a la masa salarial del personal laboral, y establece que “*la misma se incrementará en el porcentaje máximo previsto en el apartado segundo de este artículo, estando integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2015, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación*”²⁵⁸.

Con respecto al personal laboral las limitaciones presupuestarias han condicionado las retribuciones que puedan establecer los futuros convenios colectivos y también han llegado a reducir las retribuciones ya aprobadas por convenios colectivos anteriores a la Ley de presupuestos. Esta reducción de retribuciones, consecuencia de la crisis económica que estamos padeciendo, también la han sufrido el resto de empleados públicos²⁵⁹.

Por tanto, para que no se produzca, como acertadamente ha señalado la doctrina, en materia salarial una quiebra total del derecho a la negociación colectiva, está se llevará a cabo con carácter previo a la presentación de la Ley de Presupuestos y en este sentido el art. 36.2 del TREBEP en su párrafo segundo dispone que “*será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa general de Negociación de las Administraciones Públicas (que es conjunta para laborales y funcionarios) el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año*”²⁶⁰.

²⁵⁷ BOE 30 de octubre de 2015, núm. 260.

²⁵⁸ El art. 24 “Personal laboral del sector público estatal” de la Ley 48/2015, de 29 de octubre de Presupuestos Generales del Estado, desarrolla las limitaciones de los incrementos de las masas salariales de este personal.

²⁵⁹ Artículos 24 y 25 del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE 24 de mayo de 2010, núm. 126).

²⁶⁰ FUENTES RODRÍGUEZ, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva en la

En cuanto al principio de publicidad estará referido a la exigencia de publicación del resultado de la actividad negocial, que se canaliza para la negociación laboral a través del art. 90.3 TRET²⁶¹, como en la negociación funcionarial y en la conjunta, al establecer el art. 38.6 del TREBEP que *“los pactos celebrados y los acuerdos, una vez ratificados, deberán ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial”*.

El principio de transparencia está vinculado con el carácter público del empleador. Para Francisca Fuentes, este principio puede analizarse desde perspectivas distintas, por un lado, desde el punto de vista de las partes negociadoras, concretada en la obligación que establece el art. 34.7 del TREBEP de que las partes se proporcionen mutuamente la información que precisen relativa a la negociación, lo que la situaría también dentro del principio de buena fe negocial; y de otro lado, transparencia del proceso negociador hacia el exterior, que podría ser a través de la publicidad de las actas de las sesiones o documentos intercambiados en el proceso negociador²⁶².

2. Estructura e instrumentos para la negociación colectiva en las Administraciones Públicas

La negociación colectiva funcionarial, a diferencia de la laboral, es una negociación sindicalizada, reservada a las organizaciones sindicales, con exclusión de los órganos de representación unitaria de las Administraciones Públicas (delegados y junta de personal), y así lo reconoce el art. 33 del TREBEP al señalar que *“la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ... se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical²⁶³ y lo previsto en este Capítulo”*. En

Administración...”, op. cit., pág. 11.

²⁶¹ El art. 90.3 del TRET dispone que *“en el plazo máximo de veinte días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el Boletín Oficial del Estado o, en función del ámbito territorial del mismo, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial de la provincia correspondiente”*.

²⁶² FUENTES RODRÍGUEZ, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva...”, op. cit., pág. 17.

²⁶³ BOE 8 de agosto de 1985, núm. 189.

cambio, la negociación colectiva laboral no está completamente sindicalizada, el art. 87.1 del TRET consagra la doble legitimación sindical y unitaria, reconociendo la negociación a través de los órganos unitarios en el ámbito empresarial o inferior²⁶⁴. Pero la legitimación para negociar puede plantear problemas de adaptación, ya que la unidad de empresa está constituida por una Administración Pública estatal, autonómica o local, y el TREBEP ha trasladado a las mesas de negociación comunes de personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas el monopolio sindical de la negociación colectiva funcionarial, lo que supone un alejamiento de la negociación de tipo laboral, no pudiendo los comités de empresa y delegados de personal participar en dichas mesas²⁶⁵.

El artículo 36.3 del TREBEP permite la constitución de Mesas Generales en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales, para la negociación de aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública. Las Mesas van a desempeñar un doble papel, como unidad de negociación y, a su vez, como Comisión negociadora, similar al de las Comisiones negociadoras de los convenios colectivos del sector laboral²⁶⁶.

Debemos tener en cuenta que se pueden producir dos modalidades de negociación colectiva conjunta: la conjunta para todas las Administraciones Públicas (negociación conjunta interadministrativa) y la conjunta para cada Administración Pública.

Si la negociación es de ámbito interadministrativo, estaremos a lo dispuesto en el art. 36.1 del TREBEP que establece, “*que se constituirá una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, siendo su representación unitaria, estando presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y*

²⁶⁴ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones...*, op. cit., págs. 133 y 134.

²⁶⁵ ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de las materias comunes”, *Seminari sobre relacions col·lectives, Federació De Municipis de Catalunya*, pág. 5, 2008.

²⁶⁶ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit. pág., 276.

de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar. En representación de los empleados públicos, actuarán las Organizaciones Sindicales legitimadas para estar presentes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, se distribuirá en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas”. Para la negociación conjunta en cada una de las Administraciones Públicas, estarán legitimadas las representaciones de cada Administración. En cuanto a la representación de los empleados, el art. 36.3 del TREBEP establece que “son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el diez por ciento de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate”²⁶⁷.

La Mesa General común al personal funcionario y laboral es competente para negociar aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el TREBEP y otras normas administrativas, por tanto serán materias objeto de negociación las previstas en el art. 37 del TREBEP²⁶⁸.

Dentro de los límites que establezcan las leyes y las materias que sean objeto de negociación conjunta, el TREBEP remite determinadas materias o condiciones de trabajo del personal laboral a la regulación de los convenios colectivos: la carrera

²⁶⁷ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones...*, op. cit., pág. 137.

²⁶⁸ ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral...”, op. cit., pág. 8.

profesional y la promoción (art. 19.2), la determinación de las retribuciones (art. 27), la provisión de puestos y movilidad (art.83), las situaciones del personal laboral (art. 92) y la tipificación de las faltas y sanciones.

En cuanto al procedimiento de negociación de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral, el art. 36 del TREBEP no contiene referencia alguna al mismo, sin embargo, el articulado del Capítulo IV del Título III del TREBEP se refiere a las Mesas de negociación y a los Pactos y Acuerdos en general. Se trata de una negociación que diferencia dos grandes instrumentos, los Pactos y Acuerdos, que tendrán los efectos previstos en el art. 38 del TREBEP.

“Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente” (art. 38.2 del TREBEP).

El artículo 38 del TREBEP, en su apartado tercero, hace mención a los acuerdos: *“estos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación...”*.

Cuando los acuerdos versen sobre materias que estén reservadas a la Ley, estos carecerán de eficacia directa, procediéndose, en estos supuestos, por el órgano de gobierno al que le corresponda la iniciativa legislativa a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o si corresponde a la Asambleas Legislativa de la Comunidad Autónoma del proyecto de Ley de acuerdo al contenido del Acuerdo previamente establecido.

“Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitará al menos la mayoría de una de las partes”(art. 38. 2 TREBEP).

El apartado séptimo de este artículo señala, *“que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación... y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo”*.

Por su parte, el apartado octavo de este mismo artículo prevé, que *“los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”*. Parece que estos acuerdos tienen una doble naturaleza, de forma que para los funcionarios su eficacia será la propia de los pactos y acuerdos, pero para el personal laboral será la propia de los acuerdos del art. 83.3 del TRET, estando, en todo caso, ante instrumentos con eficacia general y jurídica normativa²⁶⁹.

El apartado décimo del art. 38 del TREBEP, y atendiendo al principio de obligatoriedad del art. 33, dispone que *“se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las condiciones económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación”*.

En relación con la negociación colectiva del personal laboral, el art. 32.2 del TREBEP establece que *“se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones*

²⁶⁹ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones...*, op. cit., pág. 138.

Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de la causas de suspensión o modificación”.

En relación con las dudas que hayan podido surgir con respecto a cuál es el orden jurisdiccional competente para resolver sobre la impugnación de estos acuerdos, tanto los que afectan a personal funcionario y laboral conjuntamente, como de manera independiente, las dudas se han resuelto con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁷⁰, siendo el orden competente el contencioso administrativo; así lo establece el art. 3 e), según el cual los órganos jurisdiccionales del orden social no conocerán de los pactos o Acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a lo previsto en el EBEP, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación respecto de las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral²⁷¹.

En cuanto a la concurrencia a que hace referencia el art. 84 del TRET, podemos decir, y como ya hemos referido, que en el ámbito de la negociación del personal laboral al servicio de la Administración Pública será poco probable la aplicación de convenio de empresa, debido fundamentalmente al carácter de público del empleador.

Por otra parte, y haciendo alusión a cómo se encuentra encauzada la negociación colectiva tanto en la Administración General de la Junta de Andalucía como en la Administración General del Estado, debemos realizar algunas consideraciones.

Actualmente, en la Administración de la Junta de Andalucía sigue en vigor el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Resolución de 22 de noviembre de 2002, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del VI Convenio Colectivo del Personal

²⁷⁰ BOE 11 de octubre de 2011, núm. 245.

²⁷¹ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones...*, op. cit., pág. 138.

Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía²⁷², en adelante VI Convenio Colectivo. Por Resolución de 15 de julio de 2014²⁷³, se ordenó la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía por el que se prorroga la vigencia del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta el día 30 de junio de 2015, prorrogándose por periodos anuales sucesivos, salvo que hubiere denuncia expresa por cualquiera de las partes.

El ámbito funcional del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía viene regulado en su artículo primero, extendiéndose *“a todo el de la actividad propia de la Administración de la Junta de Andalucía, realizada en todos su centros y dependencias, organismos autónomos y servicios de ella dependientes”*. El artículo 2, hace mención al ámbito personal de aplicación del Convenio, estableciendo que *“regulará las condiciones de trabajo de todo el personal que, con relación jurídico laboral, preste sus servicios y perciba sus retribuciones con cargo a las dotaciones presupuestarias aprobadas para el personal laboral en el Estado de Gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ámbito funcional señalado en el artículo anterior”*.

EL artículo tercero excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud; al personal con contrato laboral que preste sus servicios en empresas públicas, sea cuál sea la participación de la Junta de Andalucía en las mismas; a los profesionales con contratos para trabajos específicos, cuya relación con la Junta de Andalucía se derive de la aceptación de minuta o presupuestos y no tengan el carácter de contratado laboral; el personal que preste sus servicios en empresas públicas o privadas cuando las mismas tengan suscrito contrato de obras o servicios con la Junta de Andalucía u organismos autónomos de ella dependientes; el personal becario, de colaboración social y cualquier otro sometido a fórmulas de prestación de servicios no estrictamente laboral.

²⁷² BOJA 28 de noviembre de 2002, núm. 139.

²⁷³ BOJA 23 de julio de 2014, núm. 142.

Y atendiendo a lo establecido por el art. 36.3 del TREBEP²⁷⁴, se aprobó el Acuerdo de 3 de junio de 2013 de la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía sobre medidas en materia de jornada laboral, ausencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las empleadas públicas y empleados públicos²⁷⁵.

En su cláusula primera se hizo mención a los colectivos de empleados públicos a los que sería de aplicación, entre estos: al personal funcionario que preste servicios en la Administración General de la Junta de Andalucía y en sus Instituciones, Agencias Administrativas y Agencias de Régimen Personal, así como al personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del VI Convenio Colectivo; al personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia de la Junta de Andalucía; al funcionario docente al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía; al personal estatutario y funcionario que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

Mediante Resolución de 15 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, se ha ordenado la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de 14 de noviembre de 2014, de la Comisión negociadora del VII Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía por el que se introducen modificaciones en el sistema de clasificación profesional²⁷⁶.

Como hemos podido observar, el personal laboral de las Agencias Públicas Empresariales de la Administración de la Junta de Andalucía ha quedado fuera del ámbito de aplicación del VI Convenio Colectivo y también del Acuerdo de 3 de junio de 2013 de la Mesa General de Negociación Común, regulándose, por tanto, las relaciones en materia laboral de las Agencias Públicas Empresariales con su personal a través de los respectivos convenios colectivos, y sometiéndose al Estatuto de los Trabajadores y a las demás normas que resulten de aplicación. Entre los distintos convenios colectivos existentes en el ámbito de la Administración andaluza, citamos

²⁷⁴ La creación de las Mesas Generales de Negociación para negociar las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública.

²⁷⁵ BOJA 28 de julio de 2013, núm. 142.

²⁷⁶ BOJA 22 de enero de 2015, núm. 14.

la Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales, Canal Sur Radio, S.A y Canal Sur Televisión, S.A²⁷⁷.

Por su parte, en la Administración General del Estado continua vigente el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral del Estado, registrado y publicado por Resolución de 3 de noviembre de 2009²⁷⁸.

En su artículo 1.1 hace mención a su régimen de aplicación, estableciendo que *“será de aplicación general al personal laboral de la Administración General del Estado y de sus organismos autónomos, al que presta servicios en la Administración de Justicia, al de la Administración de la Seguridad Social, incluido, en el caso del Instituto de Gestión Sanitaria (INGESA), al personal laboral que presta servicios en las dependencias de los Servicios Centrales y de las Direcciones Territoriales y/o Provinciales de la entidad y percibe sus retribuciones con cargo a los créditos presupuestarios asignados a dichos centros para esta finalidad y al personal laboral del Consejo de Seguridad Nuclear y al de la Agencia de Protección de Datos”*.

Por su parte, el apartado segundo de este artículo, pasa a enumerar al personal que queda fuera de su ámbito de aplicación, quedando excluidos: el personal laboral que presta servicios en el exterior; el Personal incluido en el ámbito de aplicación de los Convenios del «Boletín Oficial del Estado», Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo de Administración del Patrimonio Nacional²⁷⁹, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Buque Cornide Saavedra, Buque García del Cid, Buque Esperanza del Mar, Buque Juan de la Cosa, Instituto Astrofísico de Canarias, el personal local que presta servicios a las Fuerzas de los Estados Unidos, y el de los Institutos de Gestión Sanitaria (INGESA) y Social de la Marina, respecto del personal de los mismos que presta servicios en sus Instituciones Sanitarias; el

²⁷⁷ BOJA 10 de diciembre de 2014, núm. 240.

²⁷⁸ BOJA 12 de noviembre de 2009, núm. 273.

²⁷⁹ Por Resolución de 9 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el texto del Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018.

personal de alta dirección; el personal cuya relación de servicios se derive de un contrato regulado por la normativa de contratación administrativa; los profesionales cuya relación con la Administración del Estado se derive de una minuta o presupuesto; el personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de Convenio.

CAPÍTULO V. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pese al intento por parte del EBEP de extender al personal laboral los principios y reglas tradicionalmente propios del personal funcionario, actualmente sigue existiendo una diferencia básica entre el régimen jurídico funcionarial y el laboral; la diferencia radica en materia de extinción de la relación laboral, al reconocerse a los funcionarios de carrera el derecho a la inamovilidad, pudiendo perder el funcionario su condición sólo por alguna de las causas previstas en la ley. A estos efectos, establece el artículo 63 del TREBEP que “*son causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera: a) La renuncia de la condición de funcionario; b) La pérdida de la nacionalidad; c) La jubilación total del funcionario; d) La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme; e) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme*”²⁸⁰.

La inamovilidad del funcionario de carrera no debe percibirse como una situación privilegiada sino que constituye la garantía esencial de la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden, protegiéndolo frente a cualquier pretensión arbitraria del poder político de expulsarle de la Administración sin que exista una causa objetiva²⁸¹.

De manera que una de las características más destacadas del régimen jurídico de los funcionarios es el sistema de garantías que protegen su estabilidad en el empleo de forma absoluta, propia o real, y así lo recoge el art. 14 del TREBEP, al reconocer en su apartado primero el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera. López Gómez considera que, con base en la teoría de la inamovilidad de los funcionarios, justificada en la defensa de su profesionalidad, neutralidad y objetividad en el desempeño de sus funciones, frente a los vaivenes de las luchas políticas, queda consagrada la estabilidad en el empleo funcionarial a la que también

²⁸⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades”, *RMTEI* núm. 93, 2011, pág. 317.

²⁸¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit., págs. 317 y 318.

se llama inamovilidad, garantizándose de este modo la permanencia del funcionario de carrera en la Función Pública²⁸². A diferencia de lo establecido en nuestro régimen jurídico funcional, los trabajadores laborales sólo van a gozar de una estabilidad relativa.

Teniendo en cuenta las particularidades y fines perseguidos por la Administración Pública, hubiera sido de gran interés que el TREBEP hubiera hecho mención a las causas de extinción de la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero solo hace referencia al despido disciplinario como causa de extinción del contrato de trabajo en la Administración Pública.

EL art. 7 del TREBEP dispone que *“el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*, por tanto, aunque el despido disciplinario es regulado por el TREBEP, el resto de supuestos de extinción que recoge el art. 49 del TRET resultarán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, siendo estos: a) mutuo acuerdo de las partes; b) las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario (Administración Pública); c) la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato; d) la dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar; e) la muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador; f) la jubilación del trabajador; g) por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante; h) la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; i) el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; f) la voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario; g) el despido del trabajador; h) el despido por causas objetivas legalmente procedentes²⁸³; i) por decisión de la

²⁸² LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público*, op.cit. pág. 330.

²⁸³ MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M., ALMENDROS GONZÁLEZ, M., MALDONADO MOLINA, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J., *Manual de Empleo Público (Instituciones, relaciones*

trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En este estudio vamos a analizar los supuestos de extinción de las relaciones laborales del personal al servicio de las Administraciones Públicas, haciendo hincapié en aquellas situaciones que pueden producir más problemática, y en el despido disciplinario, cómo única causa de extinción para el personal laboral reflejada en el TREBEP.

1. Extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes

Cómo ya hemos señalado, el apartado 1 a) del art. 49 del TRET señala cómo forma de extinción del contrato de trabajo el mutuo acuerdo al que lleguen las partes.

Se trata de una manifestación de conformidad de las partes de extinguir el contrato, no estableciéndose límites al poder de disposición de las partes y sin que requiera de unas formalidades especiales. El supuesto no requiere de la aplicación de indemnizaciones o compensaciones, aunque puedan llegar a pactarse, siendo esta especialidad aplicable al personal laboral de la empresa privada; en cambio, en las Administraciones Públicas, en virtud del principio de legalidad, no se podrán incluir pactos en los acuerdos de extinción de la relación laboral²⁸⁴, salvo que estén autorizados por una norma, incluyendo el convenio colectivo²⁸⁵.

El régimen funcionarial no contempla una institución similar, aunque podría acudirse a la figura de la renuncia regulada en el art. 63 del TREBEP²⁸⁶.

sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Pública), Granada, Comares, 2010, págs. 163 y 164.

²⁸⁴ Estos acuerdos deberán tener en cuenta las condiciones establecidas en el art. 86 de la LPAC que dispone que “*las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto de Derecho Público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objetivo satisfacer al interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin*”.

²⁸⁵ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit., págs. 105 y 106.

²⁸⁶ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., pág. 331.

2. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador

El art. 49.1 d) del TRET hace alusión a la dimisión o desistimiento del trabajador como causa extintiva del contrato de trabajo, debiendo mediar el preaviso que señalen lo convenios colectivos o la costumbre del lugar. Si no existe previsión por el convenio o la costumbre, deberán acogerse a lo que establezcan las partes, a la analogía o a lo que se entienda razonable²⁸⁷.

Podríamos decir que la dimisión del trabajador también es admitida en el régimen funcionarial, disfrazada en la institución de la renuncia voluntaria a la condición de funcionario, pero esta, a diferencia de las relaciones laborales donde la dimisión surge sin necesidad de ser aceptada por el empleador, deberá ser aceptada de manera expresa por la Administración Pública contratante²⁸⁸.

También debemos de hacer mención a los casos de violencia de género sufrida por la trabajadora. El apartado quinto de la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género²⁸⁹, añadió una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, y esta es, como ya se ha señalado, por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1 m. TRET). En estos casos la trabajadora es dispensada de la necesidad de preavisar al empresario.

Por su parte, el art. 50 del TRET, en su apartado primero, establece que “*serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley*²⁹⁰ y que redunden en menoscabo de la

²⁸⁷ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, op. cit. pág. 107.

²⁸⁸ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público*, op.cit. pág. 332.

²⁸⁹ BOE 29 diciembre de 2004, núm. 313.

²⁹⁰ El art. 41 del TRET “*establece que la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción... En los supuestos de que la modificación afecte a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial o a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20*

dignidad del trabajador; b) la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; c) cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados”.

En estos casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes para el despido improcedente.

También en el caso de movilidad geográfica (art. 40 TRET), notificada la decisión del traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

3. Extinción por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador y por su jubilación

El art. 49.1 TRET en sus apartados e) y f) hace mención a estas causas de extinción del contrato que no implican variación alguna respecto al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la jubilación del personal laboral, aunque se encuentra protegido por el art. 35 de nuestra Constitución y no se le puede imponer obligatoriamente su jubilación, en la práctica la mayoría de los convenios colectivos recogen la jubilación obligatoria a los 65 años²⁹¹. En el caso del personal funcionario, el art. 67.3 del TREBEP dispone que “*la jubilación forzosa se declarara de oficio al cumplir el*

días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”.

²⁹¹ El art. 61 del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (por Resolución de 22 de noviembre de 2002 se ordena su inscripción, depósito y publicación por Resolución de 22 de noviembre de 2002, BOJA 28 de noviembre de 2002, núm. 139) establece en su apartado primero que “*la jubilación será obligatoria al cumplir la edad de sesenta y cinco años, comprometiéndose la Administración a cubrir por los métodos establecidos en este Convenio Colectivo las plazas que por esta razón quedaran vacantes y fueran necesarias, en idéntica categoría profesional o en otras distintas que se hubiesen creado por transformación de las vacantes”.*

funcionario los sesenta y cinco años de edad. No obstante, en los términos de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad”.

4. Extinción por muerte, incapacidad y jubilación del empresario, o por la extinción de su personalidad jurídica

La extinción por muerte, incapacidad y jubilación del empresario no es posible en el sector público, pues se refiere a las personas naturales. Si es posible, aunque infrecuente, la extinción de la personalidad jurídica del contratante, en tal caso, la extinción de la relación laboral sólo procederá cuando no exista sucesión²⁹², siguiéndose en este caso los trámites para el despido colectivo del art. 51 del TRET²⁹³.

5. Extinción de la relación laboral por fuerza mayor que imposibilite la prestación de trabajo de manera definitiva

La existencia de la fuerza mayor deberá de ser constatada conforme a lo establecido por el apartado séptimo del art. 51 del TRET, el cual señala que esta deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previa tramitación del oportuno procedimiento. Este apartado también hace alusión a que la autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA), sin perjuicio de éste a resarcirse del empresario.

En la Administración Pública parece difícil imaginar que pueda sobrevenir un acontecimiento o fenómeno extraordinario ajeno a la voluntad de las partes que

²⁹² El art. 44 del TRET regula la sucesión de empresa, y en su apartado primero establece que “*el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente*”.

²⁹³ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op. cit., pág. 334.

imposibilite definitivamente la prestación del trabajo, aunque tampoco existe ningún impedimento jurídico para que si sucediera se aplicara esta causa de extinción²⁹⁴.

6. Extinción del contrato por las causas válidamente consignadas en el mismo

Esta forma de extinción recogida por el art. 49.1 b) del TRET ha sido aplicada al personal laboral de las Administraciones Públicas, aunque ha resultado conflictiva al ser alegada como causa de extinción de los contratos indefinidos no fijos y de interinidad por vacante.

Tras la contratación temporal de personal laboral en las Administraciones Públicas han surgido dos intereses: por un lado, la necesidad objetiva de combatir la contratación temporal irregular (el mantenimiento de los contratos temporales pasado su término), que ha sido frecuente en las Administraciones; por otro, la imposibilidad de aplicar tal cual la presunción iuris et de iure del art. 15.3 del TRET de que el contrato laboral en tales casos es de naturaleza indefinida por la existencia de fraude de ley, dada la existencia del principio constitucional de igualdad en el acceso al empleo público reconocido en los arts. 22.3 y 103 de nuestra Constitución²⁹⁵.

EL Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1000), en su fundamento de derecho 3º, establece que *“las Administraciones Públicas se encuentran en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre las reglas imperativas que garantizan que la selección debe de someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”*²⁹⁶. También hace distinción entre el carácter indefinido del contrato laboral y la fijeza en la plantilla. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva

²⁹⁴ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op. cit., pág. 334.

²⁹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato...”, op. cit., pág. 319.

²⁹⁶ El art. 55 del TREBEP hace alusión a estos principios rectores para el acceso al empleo público. En su apartado uno, dispone que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”*. Por su parte, el art. 78. 1 del TREBEP, establece que *“las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”*.

temporal que no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla, que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones. El organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá causa lícita para extinguir el contrato.

De esta manera el Tribunal pasa a separar dos condiciones que habitualmente son inseparables, la indefinición y la fijeza, creando una modalidad que nace de una irregularidad cometida por el empleador y que va seguida de la correspondiente declaración judicial que reconoce la prórroga indefinida del inicial contrato temporal²⁹⁷.

El artículo 15 del TRET en su apartado tercero establece que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”, criterio establecido para todos los contratos, independientemente del carácter privado o público del empleador, al ser la indefinición el efecto que el ordenamiento jurídico vincula al fraude de Ley en materia de contratación temporal. En el régimen privado los términos indefinición y fijeza van unidos, mientras que en el ámbito público, para esta situación, sólo se puede acudir a la indefinición, originándose por este motivo el contrato indefinido no fijo específico del sector público²⁹⁸.

Arenas Viruez considera que la relación laboral indefinida no fija es el resultado de una aplicación modulada del art. 15 del ET en la búsqueda de una aplicación armónica del Derecho del Trabajo y de los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁹⁹.

Aunque la figura del personal laboral indefinido no fijo surge de la

²⁹⁷ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. Contratos de indeterinos: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de temas laborales, 2015, págs. 374 y ss.

²⁹⁸ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas,...”, op. cit., pág. 375.

²⁹⁹ ARENAS VIRUEZ, M., “Extinción del contrato indefinido no fijo,...op.cit., págs. 137 y ss.

jurisprudencia, está no ha sido objeto de un desarrollo normativo, aunque el ordenamiento jurídico sí que ha ido incorporando referencias con respecto a esta modalidad. Así, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad³⁰⁰, introdujo la Disposición Adicional quinceava al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido del ET.

Podría afirmarse que, en un primer momento y desde el punto de vista extintivo se va a dar un mismo tratamiento al contrato de interinidad por vacante que al indefinido no fijo³⁰¹, alegándose que la existencia de unos y otros contratos responden a una misma causa y necesidad. En ambos tipos de contratación, la provisión reglamentaria de la plaza con carácter definitivo será causa lícita de extinción del contrato, debiendo quedar acreditado en todo caso que la plaza que ocupa el trabajador con contrato indefinido es una de las plazas que es cubierta por el procedimiento reglamentario establecido, pues de no quedar acreditado se podría estar incurriendo en un despido improcedente del empleado³⁰².

También por aplicación analógica de la interinidad por vacante, se dio el mismo tratamiento al caso de que la plaza fuera amortizada a través de un procedimiento legal, quedando extinguido el contrato de trabajo. De ahí que el estatuto del indefinido no fijo se asemeje más a un contrato de interinidad que a un contrato fijo. El Tribunal Supremo aceptó que pudieran aplicarse a las mismas reglas de la extinción de los contratos de interinidad por vacante al régimen de extinción de la relación laboral indefinida no fija mantenida por la Administración con su personal laboral, equiparando en este orden de cosas la naturaleza jurídica de ambas situaciones, considerando, por tanto, válida la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 49.1 b) (las causas válidamente consignadas en el contrato), sin necesidad

³⁰⁰ BOE 10 julio 2001, núm. 164.

³⁰¹ DE SOTO RIOJA, S., en “La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del derecho del trabajo, el derecho administrativo y los imperativos de naturaleza económica”, Lección inaugural curso 2012-2013, *Universidad de Huelva*, septiembre de 2012, pág. 37, hace alusión a que el personal laboral indefinido no fijo se trata de una especie de relación jurídica interina que se eternizará en la mayor parte de los casos por el transcurrir de los años al carecer de un término cierto y su figura no será amortizada con facilidad, dada la inherente inseguridad que la rodea debido a la ausencia de una regulación jurídica precisa.

³⁰² AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit. pág. 320.

de acudir al despido por causas económicas, técnicas o de producción³⁰³.

Por tanto, la jurisprudencia ha entendido que el contrato indefinido en las Administraciones Públicas es un contrato sometido a condición resolutoria que quedará extinguido cuando la plaza ocupada sea cubierta por el procedimiento de selección legalmente establecido. Esto ha sido compartido por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo³⁰⁴, que en materia de contratación temporal fijó una duración máxima al contrato para obra o servicio determinado, y que pasó a definir cómo afecta esta temporalidad en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, tras modificar el art. 15. 1 a) y la disposición adicional decimoquinta del ET (aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas), disposición que no ha sufrido ninguna alteración en el TRET, quedando redactado su apartado primero de la siguiente forma: *“Lo dispuesto en el art. 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el art. 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*.

De esta disposición adicional se deduce que la condición de fijo, además de obtenerse en los supuestos de contratación irregular y fraudulenta a los que hace alusión la doctrina del Tribunal Supremo, también se adquiere por la superación de los límites en el encadenamiento de contratos por obra o servicio determinados.

³⁰³ STS de 27 mayo de 2002, F.D 12º (RJ 2002\9893).

³⁰⁴ BOE 10 de septiembre de 2010, núm. 227.

Además, esta disposición prevé de manera expresa, al igual que hace el Tribunal Supremo, la cobertura del puesto de trabajo como causa de extinción de la relación laboral del personal laboral indefinido no fijo³⁰⁵.

Con la entrada en vigor del EBEP se produjo una diferenciación entre trabajadores indefinidos y temporales y así en su artículos 8.2 c) y 11 distingue, en función de la duración del contrato de trabajo, entre personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal. Sin embargo, ni el EBEP ni el TREBEP han entrado a detallar más allá de esta distinción, perdiendo la oportunidad de llevar a cabo un desarrollo del régimen jurídico del personal laboral indefinido no fijo, dejando nuevamente su regulación en manos de la jurisprudencia³⁰⁶.

Más tarde, el ET en su disposición adicional vigésima (aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público), transcrita actualmente con el mismo contenido por la disposición adicional decimosexta del TRET, hace mención a que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 (despido colectivo) y 52. c) (extinción del contrato por causas objetivas) de la presente Ley.

Cabe destacar el último párrafo de esta disposición adicional que, al establecer que tendrá prioridad de permanencia en los procedimientos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición (de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto), contempla de manera indirecta a los trabajadores indefinidos no fijos en estos procedimientos³⁰⁷; así se desprende de la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho segundo apartado tercero la Sentencia de 24 de junio de 2014 (RJ/2014/4380)³⁰⁸.

³⁰⁵ ARENAS VIRUEZ, M., “Extinción del contrato indefinido no fijo...”, op. cit., págs. 152 y ss.

³⁰⁶ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas...”, op. cit., págs. 377 y ss.

³⁰⁷ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas...”, op. cit., págs. 379 y ss.

³⁰⁸ La STS de 24 de junio de 2014 en su fundamento jurídico segundo alude a que “*el último párrafo*

Aunque la introducción de esta disposición adicional debería haber provocado un giro jurisprudencial en la asimilación del contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante, el Tribunal Supremo mantuvo durante algún tiempo la equiparación entre personal indefinido no fijo e interino por vacante. Así lo demuestra la STS de 22 de julio de 2013, que equipara el contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante en el supuesto de amortización de la plaza, argumentando como condición resolutoria las causas consignadas válidamente en el contrato (art. 49.1 b). Reconoce también el Tribunal, el derecho a la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del TRET (12 días de salario por cada año de servicio) ante la extinción del contrato indefinido no fijo³⁰⁹.

Miñarro Yanini considera que el posible reconocimiento de esta indemnización, fundamentada en la aplicación analógica injustificada, por cuanto no hay similitud con el supuesto que describe el art. 49.1 c), supone una manifestación de aplicación creativa de la Ley, optándose por una rocambolesca solución en lugar de aplicar la extinción por causas objetivas o el despido colectivo por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción y los efectos económicos que prevén³¹⁰.

Por su parte, Aguilera Izquierdo critica esta postura jurisprudencial y legal, mantenida en la extinción del contrato de trabajo indefinido en las Administraciones Públicas, pues los supuestos a los que se ha hecho ilusión darían lugar a un despido por causas organizativas y, al existir esta causa de despido en la legislación laboral, el considerar la amortización de la plaza como condición resolutoria implícitamente incorporada al contrato indefinido supone una modificación fraudulenta del régimen extintivo del contrato en perjuicio del trabajador, que verá su contrato extinguido sin devengar derecho a indemnización³¹¹.

La Sentencia de 24 de junio de 2014 supone una rectificación a la jurisprudencia precedente y va a modificar la postura mantenida hasta ese momento con respecto a la extinción de los contratos del personal laboral indefinido no fijo de las

de la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.

³⁰⁹ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas,...”, op. cit., págs. 379 y ss.

³¹⁰ MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas,...”, op. cit., págs. 381 y ss.

³¹¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit., pág. 324.

Administraciones Públicas³¹². En su fundamento de derecho cuarto establece, que “*la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) del E.T, ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos*”³¹³.

Por su importancia, debemos hacer mención a la reciente STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015), que introduce un nuevo precedente a tener muy en cuenta y que puede provocar un giro jurisprudencial en esta materia, al considerar que el personal laboral indefinido no fijo no es equiparable al personal temporal. Se basa en que la figura del trabajador indefinido no fijo ya está recogida por el TREBEP, que diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato: en fijo, por tiempo indefinido y temporal, lo que hace diferenciar al personal indefinido del temporal y del fijo, ya que de otro modo no tendría sentido que el EBEP hubiera introducido el término indefinido³¹⁴. Estima que la extinción de la relación laboral por cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por un trabajador laboral indefinido no fijo debe ser tratada como una circunstancia objetiva que permita la extinción indemnizada del contrato laboral, pero esa indemnización no tiene porque ser equiparable a la de un contrato temporal, ya que el vacío normativo no justifica la equiparación del trabajador indefinido no fijo al temporal, considerando insuficiente la cuantía de la indemnización fijada para los contratos temporales de 12 días de salario por año de servicio. El TS entiende que es necesario reforzar la cuantía de la indemnización, dadas las circunstancias que han motivado la creación de la institución del personal laboral indefinido no fijo, convirtiéndose, de este modo, en

³¹² En el mismo sentido, que la Sentencia de 24 de junio de 2014 (RJ/2014/4380), las SSTS de 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013) y la de 29 de octubre de 2014 (1765/2013).

³¹³ SEMPERE NAVARRO, A., *Medidas de reestructuración, ...op. cit.*, pág. 156.

³¹⁴ ROJO TORRECILLA, E., “Sigue la saga De Diego Porras..., aunque sea por omisión o silencio. Notas a la sentencia del TS de 28 de marzo de 2017. Indemnización de 20 días/año para personal indefinido no fijo en caso de cobertura de la plaza y subsiguiente extinción contractual”, El Blog de Eduardo Rojo, 10/04/2017, págs. 4 y ss.

legislador y reconociendo para el personal laboral indefinido no fijo, en caso de extinción de su contrato por cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades³¹⁵.

Sin embargo, debemos prestar atención a la STS de 30 de marzo de 2017 (rec. 961/2015), en la que el TS, para admitir la aplicación de la doctrina jurisprudencial de junio de 2014 en relación a un supuesto de amortización, vuelve a insistir en la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos, contradiciendo, de este modo, a la STS de 28 de marzo de 2017³¹⁶. En su Fundamento de Derecho primero alude a que los contratos laborales de interinos por vacante o de indefinidos no fijos son contratos sujetos a una temporalidad indeterminada, un término o vencimiento que habrá de producirse, que no admite extinción antes de que ese momento ocurra, porque además no cabe condiciones resolutorias en las que la determinación del cumplimiento de esa condición depende únicamente de una de las partes, eludiendo, por tanto, que las extinciones por amortización puedan entablarse como una condición resolutoria consignada dentro del contrato. Del mismo modo, en relación a la temporalidad del indefinido no fijo, alude en su Fundamento de Derecho sexto a que la jurisprudencia del TJUE en la resolución de la cuestión C-86/2014 (caso Huétor Vega) incluyó, dentro del concepto de la Directiva 1999/70/CE de trabajadores temporales a efecto de su protección, a los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas³¹⁷.

Ignasi Beltrán considera que el Tribunal Supremo debería introducir en sus futuros pronunciamientos alguna aclaración al respecto, ya que el vaivén interpretativo es perturbador y preocupante. Hace alusión a que puede que se plantee una nueva cuestión prejudicial al TJUE, ya que la naturaleza no temporal de los indefinidos no fijos defendida por la STS de 28 de marzo plantea dudas de

³¹⁵ ROJO TORRECILLA, E., “Sigue la saga De Diego Porras..., aunque sea por omisión,... op. cit., págs. 4 y ss.

³¹⁶ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, “Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS de 28/03/2017 vs STS de 30/03/ de 2017)”, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 24 de abril de 2017, págs. 1 y ss.

³¹⁷ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, “Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no?...op. cit., págs. 1 y ss.

compatibilidad con la doctrina del TJUE y con la STS de 30 de marzo³¹⁸.

Por último, debemos hacer mención a la disposición adicional decimoséptima del TRET que establece que lo previsto en el art. 47 del TRET (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor) no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos...

De la redacción de esta disposición adicional se podría deducir que el ordenamiento jurídico se muestra a favor en el ámbito público de las medidas de flexibilidad externa (despido) sobre las internas (suspensiones de contrato...) en supuestos de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen³¹⁹.

7. La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba

De la redacción dada por el art. 14 TRET se desprende que al inicio de la relación laboral las partes del contrato de trabajo podrán concertar por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos.

La finalidad de esta institución, al menos desde la óptica empresarial, reside en comprobar las aptitudes del trabajador y de su adaptación a la empresa y posibilita a cualquiera de las partes la facultad de rescindir el mismo por su voluntad, bastando con que el período de prueba esté aún vigente. Libertad de rescisión que ostentan ambas partes y tan solo limitada cuando la verdadera razón por la que se decide extinguir el contrato no es la falta de adecuación al puesto de trabajo, sino que obedezca a razones discriminatorias o de vulneración de cualquier derecho fundamental, en cuyo caso, la resolución del contrato será nula de pleno derecho, debiendo el trabajador ser readmitido³²⁰. López Gómez menciona que la mayoría de la doctrina considera que la institución del periodo de prueba se caracteriza por la

³¹⁸ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, "Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no?...", op. cit., págs. 1 y ss.

³¹⁹ MIÑARRO YANINI, M., "Reforma de las Administraciones Públicas...", op. cit., págs. 378 y ss.

³²⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 617 y 618.

facultad de cualquiera de las partes de desistir unilateralmente del contrato, sin necesidad de alegar ni probar causa alguna para ello, si bien está limitada en cuanto no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como es el de igualdad del art. 14 de nuestra Constitución³²¹.

Existen ciertas dudas con respecto a esta institución en relación con los contratos laborales en las Administraciones Públicas. Por un lado, si es posible incorporar un período de prueba al contrato de trabajo en el ámbito público; por otro, si ha de ir fijado con carácter previo en la convocatoria; y por último, si la decisión de la Administración Pública de rescindir el contrato durante este período ha de ser motivada.

En cuanto si es posible incorporar un período de prueba a los contratos celebrados en las Administraciones públicas, surge la duda de si resulta legítimo conceder a la Administración Pública la facultad de pactar un período de prueba teniendo en cuenta que previamente los candidatos han superado un proceso de selección, en el que la Administración ya ha tenido conocimiento de la aptitud y capacidad del trabajador³²².

La existencia de un periodo de prueba en el que se valoran la adaptación al medio del trabajador, su integración en el equipo, su actitud en el trabajo, no se opone a los principios de mérito y capacidad, pues tales circunstancias pudieron no haber sido valoradas en el proceso selectivo, por tanto, se podría concebir este periodo como una prolongación del proceso de selección³²³.

La selección previa al contrato de trabajo y el establecimiento del periodo de prueba responden a finalidades distintas, siendo compatibles entre sí. La elección del mejor candidato tiene que confrontarse con el día a día en el trabajo, pues solo entonces, será posible determinar la adecuación y aptitud del trabajador a las tareas asignadas, su buena respuesta ante ellas y el cumplimiento de las expectativas puestas por el empresario.

³²¹ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit. pág., 340.

³²² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 619 y 620.

³²³ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit. pág., 340.

Esta precisión se encuentra respaldada normativamente, el TREBEP en su art. 61.5 introduce la posibilidad de que en el proceso de selección se contemple con la superación de pruebas prácticas, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado³²⁴, en su art. 33.2 establece que la adquisición de la condición de personal laboral fijo dependerá de que se supere satisfactoriamente el período de prueba que se determine en cada convocatoria³²⁵.

En cuanto a la segunda cuestión, sobre la necesidad de que el período de prueba haya de figurar previamente en la convocatoria o si puede ser exigida posteriormente, la jurisprudencia se inclina por considerar que la falta de previsión en las bases de la convocatoria implicará la nulidad del periodo de prueba, sin que pueda ser incorporado con posterioridad por voluntad discrecional de la Administración Pública³²⁶.

Por último, y en cuanto a la exigencia o no de motivación por parte de la Administración Pública al rescindir el contrato de trabajo durante el periodo de prueba, y teniendo en cuenta que en el sector privado la libertad es casi absoluta siempre que se respeten los derechos fundamentales, Ramos Moragues considera que cuando esta se produce en el ámbito público debe ser motivada y alude a que por más que se quiera situar en un plano de igualdad al empresario privado y a la Administración Pública cuando actúa como tal, la Administración está condicionada por reglas y principios administrativos y constitucionales que deben ser observados en su actuación, como son los principios de igualdad, mérito y capacidad³²⁷.

8. Extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

El contrato de trabajo se puede extinguir en las Administraciones Públicas por

³²⁴ BOE 10 de abril de 1995, núm. 85.

³²⁵ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 620 y 621.

³²⁶ STSJ de castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2006.

³²⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 624

causas objetivas basadas en razones de tipo económico, técnico, organizativo o de producción. Estas causas vienen reguladas en los arts. 49.1 1), 52 y 53 del TRET y suponen la extinción del contrato por decisión unilateral del empleador.

Contrasta esta causa de extinción con la situación de los funcionarios, cuyo régimen jurídico, en aplicación de las garantías de estabilidad, desconoce la posibilidad de extinción de la relación funcional por causas similares. Para López Gómez éste es uno de los aspectos más relevantes que separan el régimen jurídico funcional del régimen laboral de empleo público tras la reforma del EBEP³²⁸.

Con carácter general, se puede afirmar que aunque se planteó la tesis de que tales crisis sólo son susceptibles de producirse en las empresas que tengan por finalidad la obtención de beneficios económicos, actualmente se defiende la posibilidad de que puedan también producirse en las Administraciones Públicas³²⁹.

Aunque en la actualidad se admita con carácter general esta posibilidad, tradicionalmente se han planteado numerosas críticas a la traslación de esta forma de extinción de la contratación al ámbito público.

El art. 51.1 del TRET incorpora una definición de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y así establece *“que se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos del trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que*

³²⁸ LÓPEZ GÓMEZ, JM, *La relación laboral especial de empleo público...*, op.cit., pág. 335.

³²⁹ MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M., ALMENDROS GONZÁLEZ, M., MALDONADO MOLINA, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J., *Manual de Empleo Público...*, op. cit., págs. 165 y 166.

la empresa pretende colocar en el mercado”.

Podríamos apreciar que el legislador, al regular la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción ha pensado en la empresa privada, sujeta a las fluctuaciones del mercado, y que tiene como principal objetivo obtener beneficios, sin embargo, las Administraciones Públicas no se conciben desde esta perspectiva mercantil o economicista, sino desde la de prestar un servicio de interés general a la ciudadanía. Por tanto, la aplicación de estas causas encuentra dificultades para justificar la extinción del contrato o contratos de trabajo del personal laboral que presta sus servicios en un organismo público³³⁰.

Podemos decir que, de las causas extintivas que contempla el art. 51.1 del ET, son las causas económicas las que más dudas han planteado acerca de la posibilidad de ser alegadas o no como causa de extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas³³¹.

Parte de la doctrina judicial considera difícilmente justificable la aplicación del despido por causas económicas en la Administración Pública, señalando que si el precepto exige la existencia de una situación económica negativa de la empresa, dicha causa de extinción será siempre difícilmente predicable de las Entidades Públicas que, por carecer de ánimo de lucro y estar destinadas a la prestación de servicios públicos, no pueden por definición encontrarse en dicha situación; el endeudamiento obedecerá a su propia finalidad como entidad pública, siendo buscado en la mayoría de los casos para mejorar los servicios que constituyen su finalidad, sin que por ello pueda perjudicar la supervivencia del Ente Público³³².

Sin embargo, no son pocos los que respaldan la posibilidad de este tipo de extinción en las Administraciones Públicas, de hecho, la doctrina judicial mayoritaria admite esta forma de despido. Podríamos hacer mención a varios argumentos que pueden aclarar esta posición. En primer lugar, la Administración empleadora en régimen laboral se encuentra sometida a las normas de derecho laboral y nada impide la aplicación de estas formas de extinción, sin perjuicio de que la peculiaridad de la

³³⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág., 638.

³³¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit. pág., 325.

³³² STSJ Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 1997 (AS. 1997/4767).

empresa incide en el examen de los requisitos legales, en cuanto que las causas organizativas o económicas habrán de estudiarse conforme a la naturaleza pública de la entidad pública empleadora, con distinto alcance que en el ámbito de la empresa mercantil, pues no es el ánimo de lucro, sino el interés general o el servicio público, lo que constituye su causa y finalidad³³³.

Por otra parte, también es justificable esta vía de extinción con el principio de eficacia que debe inspirar el funcionamiento de las Administraciones Públicas. Así lo señalan muchos autores, como Ramos Moragues³³⁴. Martín Valverde considera este principio de eficacia, a efectos de composición y ajuste de las plantillas del personal laboral de las Administraciones Públicas y de justificación consiguiente de los despidos económicos, un equivalente funcional del principio de defensa de la competitividad que acoge el art. 38 CE; de modo que, los despidos económicos en las Administraciones Públicas, a los que habría que añadir los supuestos extintivos por causas organizativas, técnicas y de producción, se justificaría en razones de eficacia, esto es, en el buen funcionamiento de la organización y en la mejor utilización de los recursos.

Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia número 1858/1997, de 9 de mayo, en su F.D 4º (AS 1997\3860), al aludir a que *“el juicio de razonabilidad no puede convertirse en un juicio sobre la medida del poder público, pues el mejor servicio del interés general justifica que la Administración decida en cada momento, dentro de las posibilidades legales, cómo repartir sus recursos, a qué planes o actuaciones lo destina y, por consiguiente, qué empleos mantiene o crea, no pudiendo negarse el uso de la medida ex art. 52 c) del ET, pues la mejora financiera y la perfección en la organización de los recursos –fines de la misma- son también objetivos válidos para la actuación de un poder público en aras a la eficiencia”*.

En tercer lugar, no puede considerarse un obstáculo para acudir a este tipo de extinción por parte de las Administraciones Públicas, la existencia en el ámbito público de otras medidas referidas a la gestión de los recursos humanos a través de

³³³ STSJ de Aragón núm. 442/1999, de 8 de mayo, F.D 5º, (AS. 1999\1438).

³³⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs. 640 y 641.

las cuales hacer efectiva la decisión extintiva, ya que el art. 69.2 del TREBEP, al igual que ya lo hacía el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública³³⁵, establece que “*las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos*”³³⁶. Por tanto, podemos decir que para el personal laboral estos planes constituyen un instrumento a través de los que es posible articular procedimientos de extinción de contratos de trabajo, lo que no quiere decir que sea obligatorio que la extinción sea llevada a cabo a través de dichos Planes de Empleo. Efectivamente, la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se podrá llevar a cabo dentro de uno de estos planes o fuera de ellos, manteniendo un carácter potestativo, de manera que no vienen a sustituir a las medidas ordinarias de gestión del personal, sino que se acumulan a ellas³³⁷.

Por tanto, de lo enunciado podemos concluir que si el legislador no ha previsto nada en el TREBEP y en materia de extinción del contrato de trabajo, hay una remisión a la legislación laboral y ello significa que las Administraciones Públicas pueden acudir a las causas de extinción previstas en el art. 52 c). En cuanto al despido por causas económicas, la definición que establece el art. 51.1 del TRET puede adaptarse sin problemas a la realidad de las Administraciones Públicas, siendo identificada simplemente con una situación económica negativa (existencia de pérdidas en la explotación empresarial y la disminución persistente del nivel de ingresos), pero pueden darse otras situaciones que permiten acreditar que existe una situación económica negativa y que encaja mejor con la prestación de los servicios públicos: por ejemplo, aún manteniéndose los ingresos puede producirse un incremento continuo del nivel de gastos en una Administración que afecten a su capacidad para mantener el volumen de empleo; o, por el contrario, puede producirse una disminución del nivel de ingresos de una Administración como consecuencia de una menor recaudación de impuestos o tasas que afecte a su capacidad para mantener el volumen de empleo. Estas dudas, como hemos mencionado anteriormente, no se dan al tener que justificar el despido por causas organizativas, pues las

³³⁵ BOE 3 de agosto de 1984, núm. 185.

³³⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 641 y 642.

³³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit., págs. 329 y 330.

Administraciones Públicas en la medida en que cumplen la finalidad de servir a las necesidades colectivas pueden en ocasiones tener que extinguir determinadas relaciones laborales cuando el servicio público a que responde su existencia, se modifica o reestructura³³⁸.

La disposición adicional decimosexta del TRET distingue dentro del sector público, por un lado, a las Administraciones Públicas y entidades asimiladas conforme al art. 3.2 de la LCSP y, por otro, al resto de entidades del sector público. Estas últimas se someten al régimen general de los artículos 51 y 52 c) del TRET y sus normas de desarrollo. Para las asimiladas conforme al art. 3.2 LCSP, se establece, en los párrafos segundo y tercero de la disposición adicional decimosexta del TRET, un régimen especial para los despidos económicos³³⁹. Para el tratamiento de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas hay que acudir al estudio del siguiente articulado: disposición adicional decimosexta apartados segundo y tercero del TRET, art. 35 apartados primero y tercero del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada³⁴⁰, (en adelante, RPDC).

El tratamiento entre el despido colectivo y objetivo es diferente, el despido colectivo mantiene un nivel de garantías superior que el objetivo. La delimitación entre ambos tipos de despidos va a seguir un criterio cuantitativo, si el despido supera los umbrales señalados en los artículos 51.1 del TRET y en el art. 35 del RPDC, el despido será calificado como colectivo. De este modo, el art. 35 del RPDC en su apartado primero establece que de acuerdo con lo establecido en el art. 51 del TRET, la extinción de contratos de trabajo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades a que se refiere el art. 3.2 de la LCSP fundada en causas económicas, técnicas u organizativas se llevará a efecto mediante el procedimiento establecido en este Capítulo en los supuestos en que, en un período de noventa días, tal extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración

³³⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato.... op. cit. págs. 329 y 330.

³³⁹ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit., pág. 116.

³⁴⁰ BOE 30 de octubre de 2012, núm. 261.

General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores; b) El 10 por 100 del número de trabajadores del Departamento Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculados a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u Organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Debemos hacer mención a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 11 de noviembre de 2011, Asunto C-422/14, va a ampliar el concepto de extinción no inherente a la persona trabajadora como causa de extinción en los despidos colectivos, por lo que las empresas tendrán que tener en consideración las extinciones contractuales directas y las indirectas, es decir, las derivadas de la decisión del trabajador y que son consecuencia de una decisión previa empresarial que se considera lesiva para sus intereses³⁴¹.

Parece que el TJUE se refiere a cualquier resolución ex arts. 40, 41 o 50 TRET, ya que se condiciona a la existencia de una modificación sustancial de elementos esenciales y, no tanto a la concurrencia de un particular perjuicio más o menos agravado en la dignidad del trabajador³⁴².

³⁴¹ ROJO TORRECILLA, E, “Despidos colectivos, y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, El Blog de Eduardo Rojo, 14 de noviembre de 2015.

³⁴² BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, “Más precisiones sobre concepto de despido colectivo a la luz

Rojo Torrecilla considera que nos encontramos ante un supuesto jurídico, la extinción del contrato por una decisión del trabajador derivada del perjuicio sufrido por la decisión empresarial, que debe integrarse en el concepto de otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador³⁴³.

En cuanto a la causa económica del despido en las Administraciones públicas hay que hacer mención a que el art. 35 del RPDC establece que *“a los efectos de determinar la existencia de causas económicas, para los sujetos a los que se refiere el citado artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se entenderá que existe insuficiencia presupuestaria cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”*.

Cómo hemos citado anteriormente, los despidos colectivos económicos van a tener un tratamiento con mayores garantías que los despidos objetivos por la misma causa. Desdentado Daroca considera que este tratamiento privilegiado plantea dudas de constitucionalidad, pues no parece que el número de afectados sea justificación suficiente para establecer legalmente un trato desigual³⁴⁴.

La indemnización aplicable será la general para los despidos objetivos, esto es, de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año y con un máximo de doce mensualidades; no obstante, esta cuantía podrá ser mejorada durante la negociación en el periodo de consultas, negociación

del TJUE (STJUE 11.11.15), Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 11 de noviembre de 2015.

³⁴³ ROJO TORRECILLA, E, “Despidos colectivos, y TJUE. Cómputo de...”op.cit., pág. 3.

³⁴⁴ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit. pág., 123.

que no existe en los despidos objetivos³⁴⁵.

El art. 7 del RPDC, en su apartado primero alude a que “*el período de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad...*”. Por su parte, el art. 8. 1 del RPDC considera entre las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos las siguientes: a) la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del TRET; c) movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del TRET; d) modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del TRET; e) inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del TRET; f) acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; g) cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados. En su apartado segundo señala varias medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, entre otras, las siguientes: a) el derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) la recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. En el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; c) acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en

³⁴⁵ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit., pág. 123.

empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; e) medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; f) medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Otro problema que puede surgir en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, es la designación del personal afectado por la extinción. Al tratarse de una Administración Pública será necesario objetivar la designación del personal asignado en la mayor medida posible. Ante la falta de regulación normativa, y como ya hemos mencionado anteriormente, se ha sugerido como posible solución que se acuda, en primer término, a la negociación colectiva, y en su defecto a los siguientes criterios: a) preferencia en la selección de aquellos trabajadores cuyos contratos adolecen de alguna irregularidad frente a aquellos otros cuya contratación no presenta tales deficiencias; b) tener en cuenta la relación causa concurrente-puesto de trabajo a suprimir, de manera que los afectados serían quienes ocupasen dichos puestos; y, c) se podría acudir a otras variables como la antigüedad³⁴⁶.

A estos efectos, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, hacen mención a la prioridad de permanencia de dos colectivos distintos en caso de despido colectivo: los representantes de los trabajadores y los trabajadores laborales fijos. Efectivamente, el art. 13.1 del RPDC dispone que *“conforme a lo establecido en el artículo 51.5 y 68. b) del TRET y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo”*. En su apartado segundo establece *“que dicha prioridad de permanencia favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período*

³⁴⁶ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 645 y 646.

de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.

En este sentido, la D.A 16ª del TRET establece que tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto..., preferencia frente al personal temporal o indefinido no fijo³⁴⁷.

Por su parte, el art. 41. 1 del RPDC dispone que tendrá prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública afectados por el procedimiento de despido, el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezca dicho ente, organismo o entidad pública; y en su apartado segundo, que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aún cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público.

Por tanto, de la redacción del apartado segundo del art. 41 podemos concluir que la preferencia por los trabajadores fijos es relativa, sólo se aplicará cuando los entes, organismos y entidades competentes para despedir así lo consideren³⁴⁸.

Ramos Moragues manifiesta que la Administración Pública a la hora de seleccionar a los trabajadores objeto de este tipo de despidos deberá ceñirse a criterios objetivos debiendo fundamentar su decisión de selección³⁴⁹.

³⁴⁷ MARÍN ALONSO, I., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 270.

³⁴⁸ DESDENTADO DAROCA, E., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit., pág. 124.

³⁴⁹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 645 y 646.

9. Extinción del contrato por despido disciplinario

El art. 93 del TREBEP en su apartado primero dispone que los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el Título VII del TREBEP (Régimen disciplinario) y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto. Y en su apartado cuarto especifica que el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral.

Entre las sanciones que pueden imponerse por la comisión de faltas, alude el art. 96.1 b) del TREBEP al “*despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban*”. Por tanto, el despido disciplinario se regula en el EBEP desde una perspectiva exclusivamente sancionadora ante la comisión de una falta por parte del trabajador, lo que reduce la capacidad de las Administraciones Públicas para tomar la decisión de extinguir el contrato por despido³⁵⁰.

La extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tiene una serie de particularidades con respecto al despido del personal laboral al servicio de un empleador privado.

El art. 95. 2 del TREBEP va a enumerar las faltas calificadas como muy graves en las que pueda incurrir el personal funcionario y el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ampliando las señaladas por el art. 54 del TRET³⁵¹. Por tanto, el art. 95.2 del TREBEP califica como faltas muy graves:

³⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, págs. 204 y ss.

³⁵¹ El art. 54 del TRET en su apartado primero hace alusión a que la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario estará basada en un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador. El apartado segundo pasa a enumerar los incumplimientos contractuales: las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, la disminución en el rendimiento del trabajo normal o pactado, la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública.

b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.

d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.

e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.

f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.

g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.

h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.

i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico.

j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.

k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.

m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.

n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.

ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

o) El acoso laboral.

p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

También el TREBEP en el tratamiento de la prescripción de las faltas (art. 97), se distancia de lo establecido por el art. 60.2 TRET³⁵² para el personal laboral al servicio de un empleador privado, y establece que las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, contándose el plazo de prescripción desde que la falta se hubiera cometido o desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas.

El TREBEB prevé ciertas garantías señalando el art. 98 que *“no podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido”*, debiendo establecerse la separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

En el régimen jurídico laboral, el despido disciplinario se regula en los artículos 54 a 56 del TRET.

En cuanto al despido del trabajador, este podrá impugnarlo dentro de los veinte días hábiles siguientes a su comunicación. Este plazo es de caducidad y sólo será suspendido por la presentación de solicitud de conciliación o de la reclamación previa en los términos establecidos por los artículos 65 y 73 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, (en adelante, LRJS)³⁵³.

Agotada la vía previa se puede interponer demanda en lo que quede de plazo de caducidad siguiendo los requisitos a los que hace referencia el art. 104 de la LRJS. Si es impugnado el órgano judicial podrá declarar el despido como procedente, improcedente o nulo. El despido procedente convalida la extinción del contrato acordada por el empresario, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, así lo determina el art. 55.7 del TRET; si es declarado nulo conllevará la readmisión

³⁵² El art. 60.2 del TRET establece que *“respecto de los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”*.

³⁵³ BOE 11 de octubre de 2011, núm. 245.

inmediata con abono de los salarios dejados de percibir como establece el art. 55.6 del TRET y si el despido es considerado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, tendrá que optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, extinguiéndose el contrato de trabajo al optar por la indemnización (art. 56.1 TRET).

Si el empresario opta por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. En caso de que el despido fuera representante de los trabajadores o delegado sindical, la opción por la readmisión o indemnización corresponderá a este³⁵⁴.

En la empresa privada nada impide que el trabajador pueda volver a ser contratado para realizar las mismas funciones en otra empresa o incluso en la misma que le despidió. En cambio, en la Administración la inhabilitación lo será para trabajar en cualquier Administración Pública y no sólo en aquella para la que venía prestando servicios el trabajador. Así se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 56.1 d) y 96.1 b) del TREBEP. El primero de ellos exige, como requisito para poder participar en procesos selectivos *“no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado”*. Por tanto, la inhabilitación del personal laboral no es absoluta sino relativa, esto es, impide únicamente realizar las mismas funciones que se venían desarrollando con anterioridad; en cambio, el personal funcionario que haya sido sancionado con la separación del servicio no podrá prestar ningún tipo de servicios en la Administración. La inhabilitación sólo implica la prohibición de contratación como personal laboral en cualquier Administración Pública para realizar las mismas funciones que venía desarrollando al producirse el

³⁵⁴ DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas...*, op. cit., págs. 109 y 110.

despido, pero no le inhabilita para realizar las mismas funciones como personal funcionario. Por otra parte, la inhabilitación lo será por tiempo indefinido, pues el TREBEP no fija un período máximo de duración³⁵⁵.

El TREBEP, en el caso de despido disciplinario se aparta de lo establecido en el art. 56 del TRET en lo relativo a los efectos del despido declarado improcedente. Así, el art. 96.2 TREBED establece que “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”. Por tanto, desaparece el derecho de opción del empresario y la consecuencia jurídica del despido improcedente es la readmisión obligatoria del trabajador fijo³⁵⁶.

Podríamos decir que la diferencia con el régimen establecido en el art. 56 del TRET es únicamente parcial, ya que, en primer lugar, la readmisión no se extiende a todos aquellos casos en que se extingue el vínculo laboral sin causa, sino solo al despido disciplinario por la comisión de una falta muy grave; y, en segundo lugar, porque la previsión establecida por el art. 96.2 del TREBEP solo afecta al personal laboral fijo.

Debemos mencionar también que nos encontramos ante una norma de derecho necesario absoluto, por tanto, se trata de una materia indisponible para la negociación colectiva, no pudiendo alterar los convenios colectivos del sector público el régimen jurídico establecido en el art. 96.2 del TREBEP³⁵⁷. En este sentido se pronuncia Carrizosa Prieto al considerar que si se mantuviera dicha posición no sólo sería incompatible con el derecho necesario establecido para garantizar los derechos de los trabajadores sino que se estaría otorgando preferencia a la normativa laboral en el régimen disciplinario de los trabajadores de la Administración, circunstancia rechazada expresamente por el EBEP³⁵⁸.

³⁵⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit., págs. 333 y ss.

³⁵⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato....”, op. cit., pág. 336.

³⁵⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág. 629.

³⁵⁸ CARRIZOSA PRIETO, E., “El despido improcedente y la readmisión inmediata de los trabajadores de la Administración Pública”, *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 5, octubre de 2011, pág. 24.

Ramos Moragues no entiende las razones por las que el legislador restringe el ámbito de aplicación del art. 96.2 del TREBEP a los supuestos de despido disciplinario, ya que si los motivos por los que el TREBEP establece esta garantía son la obligación de que la Administración Pública actúe siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, y el deber de respetar los principios constitucionales que han de informar el acceso al empleo público, lo coherente hubiera sido extender su aplicación a cualquier decisión empresarial extintiva que fuera declarada improcedente pues, también en estos casos, estaríamos ante un actuación injustificada de la Administración y vulneradora de los principios constitucionales.

Por otra parte, el art. 96.2 del TREBEP también diferencia en función del tipo de relación que une al empleado laboral con la Administración Pública, dado que este precepto extiende su ámbito sólo al personal laboral fijo, dejando al margen a los empleados temporales y a los indefinidos no fijos, aspecto que puede ser contrario al principio de igualdad contemplado en el art. 14 CE y a la normativa comunitaria³⁵⁹. La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, prohíbe expresamente, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, que se trate a los empleados con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores indefinidos, a menos que la diferencia se justifique en razones objetivas³⁶⁰.

En este caso la justificación residiría en que el personal laboral fijo accede al empleo público tras superar un proceso de selección conforme a las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal

³⁵⁹ La STSJ de Valencia núm. 2611/2009, de 15 de septiembre, F.D. 5º, (AS 2010\117), establece que *“no hay discriminación al aplicar esta medida sólo al personal fijo. El art. 96.2 del EBEP al referirse sólo al personal laboral fijo, está excluyendo a otra clase de personal laboral reconocido en el art. 11.1 como es el temporal y el indefinido no fijo de plantilla, alude a que no toda diferencia de trato constituye una discriminación en los términos de los arts. 14 de la CE y 17 del ET y así la exclusiva temporalidad del vínculo laboral no tiene las connotaciones que concurren en los factores de exclusión expresamente previstos en el art. 14 de la CE y si bien el art. 15.6 del ET establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, matiza luego, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades en materia de extinción del contrato”*.

³⁶⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 630 y 631.

al servicio de la Administración, adquiriendo un derecho de permanencia en el empleo público; también en que se trata de personal que ostenta la titularidad de la plaza ocupada, lo que constituye una garantía para el trabajador y para el ciudadano que recibe el servicio público y que lo diferencia del indefinido no fijo, en tanto que la plaza que este desempeña está llamada a ser ocupada por el procedimiento legalmente establecido.

Ramos Moragues no es conforme a esta justificación y manifiesta que aunque es verdad que el personal laboral fijo de plantilla debe, por imperativo constitucional, ingresar en la función pública tras superar un proceso de selección acorde a los principios de igualdad, mérito y capacidad, se está obviando que tales exigencias juegan también cuando se trata de personal temporal. Por tanto, el hecho de mantener esta diferenciación podría lesionar, según el autor, el principio de igualdad plasmado en el art. 14 de la CE³⁶¹.

A efectos de considerar esta posibilidad, que más temprano que tarde será examinada por el TJUE, debemos considerar que el art. 96 del EBEP despliega los siguientes supuestos³⁶²:

a) Despido no disciplinario de personal fijo de plantilla. En este caso no estaría prevista ni la garantía de expediente previo ni la relativa a la readmisión obligatoria.

b) Despido disciplinario de personal fijo de plantilla declarado improcedente, al que se le aplicarían ambas garantías, al tratarse del supuesto incluido en el art. 96.2 del EBEP.

c) Despido no disciplinario del personal temporal e indefinido no fijo, que estaría excluido de la aplicación de la garantía de readmisión obligatoria y de la tramitación de expediente.

d) Despido disciplinario del personal temporal e indefinido no fijo declarado

³⁶¹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., págs., 634 y 635.

³⁶² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op. cit., pág., 636.

improcedente, al igual que en el apartado anterior, estaría excluido de la aplicación de la garantía de readmisión obligatoria y tampoco mantendría la necesidad de tramitación de expediente, residiendo la exclusión en el carácter temporal del personal afectado.

SEGUNDA PARTE
LA REESTRUCTURACIÓN EN EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

CAPÍTULO VI. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

1. Antecedentes del Servicio Andaluz de Empleo y del Sistema Nacional de Empleo

En este capítulo vamos a realizar una valoración del régimen jurídico del Servicio Andaluz de Empleo, mediante un análisis aproximado de sus antecedentes como Servicio Andaluz de Colocación, su posterior constitución como organismo autónomo con la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo³⁶³, el traspaso de competencias en materia de empleo por la Administración estatal a la Comunidad Autónoma de Andalucía, su configuración en 2011, a raíz de la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía³⁶⁴, como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2 c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía³⁶⁵ (en adelante, LAJA), haciendo, también, mención al resto de cambios producidos hasta la actualidad.

En primer lugar, haremos un breve recorrido por la evolución histórica del Sistema Nacional de Empleo Español.

Durante la II República de España nace un servicio público de mediación y asistencia en materia de empleo previsto en la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931³⁶⁶ y en su Decreto de desarrollo de 6 de agosto de 1932³⁶⁷; ambas implantan un Servicio de Empleo público y gratuito bastante completo y con una finalidad múltiple: registrar ofertas y demandas de empleo, publicitarlas, relacionarlas, la formación, selección y orientación profesional, inspeccionar las agencias de colocación privadas, promoción de asistencia, enseñanzas y subsidio, seguros y obras para operarios sin trabajo y actualización de estadísticas³⁶⁸.

³⁶³ BOJA 28 de diciembre de 2002, núm. 153.

³⁶⁴ BOJA 21 de febrero de 2011, núm. 36.

³⁶⁵ BOJA 31 de octubre de 2007, núm. 215.

³⁶⁶ GAZETA de 28 de noviembre de 1931.

³⁶⁷ GAZETAS DE 12 Y 13 de agosto de 1932.

³⁶⁸ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla,

Más tarde, e instaurado el régimen dictatorial franquista, la Ley de Colocación Obrera, de 10 de febrero de 1943, y el Reglamento de desarrollo de 9 de julio de 1959, mantienen funciones similares en materia de colocación, permitiendo de forma exclusiva la intervención de las agencias de colocación públicas, prohibiendo la mediación privada en general y estableciendo un monopolio absoluto del Estado en materia de intermediación laboral. Durante este periodo aparece la cartilla profesional, que además de ayudar en la clasificación de los demandantes de empleo y sus categorías profesionales, se convierte en una herramienta de control social, al incorporar datos como la afiliación sindical y la efectiva realización del servicio militar³⁶⁹.

Posteriormente, tras la aprobación de la Constitución de 1978, la materia de colocación y el servicio público de empleo se regularán por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores³⁷⁰ y la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo³⁷¹. Con la aprobación del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo³⁷², se crea el Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM), manteniéndose el monopolio público en las políticas de empleo, aunque, tanto la Ley Básica de Empleo como el Estatuto de los Trabajadores de 1980, permitieron la aparición de las agencias colaboradoras para la selección de los inscritos como desempleados en el INEM³⁷³.

Será la Ley 56/2003, de 18 de diciembre, de empleo³⁷⁴ (en adelante, LE), la que configure el Sistema Nacional de Empleo (en adelante, SNE), como un ente público integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE), con competencias propias relativas a la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo, y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, con sus propias competencias de acuerdo con los Estatutos de Autonomía y sus previsiones sobre la gestión en materia de políticas activas de

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, págs. 156 y 157.

³⁶⁹ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 157.

³⁷⁰ BOE 14 de marzo de 1980, núm. 64.

³⁷¹ BOE 17 de octubre de 1980, núm. 250.

³⁷² BOE 18 de noviembre de 1978, núm. 276.

³⁷³ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 158.

³⁷⁴ BOE 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

empleo³⁷⁵. Por tanto, y como novedades normativas en materia de ordenación del SNE, cabe destacar el reconocimiento de órganos institucionales propios encargados de desempeñar funciones de servicio público en materia de empleo en las Comunidades Autónomas y, con la aprobación de las Leyes 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación³⁷⁶ y 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal³⁷⁷, la desaparición del monopolio público en materia de colocación laboral y la entrada en escena de las agencias de colocación no lucrativas y de las empresas de trabajo temporal³⁷⁸.

Para entender la configuración normativa de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, debemos hacer mención a la regulación constitucional. La Constitución, en sus artículos 2 y 137, reconoce a España como un Estado descentralizado al garantizar la autonomía de municipios, provincias y Comunidades Autónomas que la integran; todos estos poderes públicos reciben un mandato, contenido en el art. 40. 1 de la CE, de realizar una política orientada al pleno empleo para hacer efectivo el derecho de los españoles al trabajo (art. 35. 1 de la CE). Por otro lado, las CCAA, según establecen los arts. 148.1 y 149.1 de la CE, tienen competencias sobre la organización de sus instituciones de autogobierno y para la realización de las actuaciones que estimen oportunas para lograr el fomento de su desarrollo económico, favoreciéndose, también, este objetivo genérico a través de la participación de los servicios públicos de empleo³⁷⁹.

También debemos considerar la regulación de los Estatutos de Autonomía, instrumentos que deberán contemplar la posibilidad de la existencia de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Aunque la redacción de cada Estatuto Autonómico difiere del resto, todos mantienen como objetivo básico el logro del pleno empleo en su respectiva Comunidad³⁸⁰, lo que implica, como considera Salas

³⁷⁵ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit*, págs. 158 y s.s.

³⁷⁶ BOE 23 de mayo de 1994, núm. 122.

³⁷⁷ BOE 2 de junio de 1994, núm. 131.

³⁷⁸ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit*, pág. 164 y s.s.

³⁷⁹ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit*, pág. 171 y s.s.

³⁸⁰ Al pleno empleo como objetivo prioritario del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía se hace alusión al inicio de la exposición de motivos de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA 28 de diciembre de 2002, núm. 153). También hacía alusión el Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de

Porras, el desarrollo por los gobiernos autonómicos de medidas de promoción y creación de un sistema de servicios públicos sociales, entre los que se incluye el del empleo³⁸¹.

Por su parte, la LE configura a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos como parte integrante del SNE y como tales, les encarga la intermediación laboral, dotándolos de funciones que trascienden la simple gestión de las políticas activas de empleo necesarias para alcanzar el grado de diseño y desarrollo de la política autonómica de empleo³⁸².

De acuerdo con este esquema, las competencias que las Comunidades Autónomas van a asumir en este ámbito, tras la transferencia por la Administración central³⁸³, se articulan en cinco grandes áreas: la intermediación en el mercado de trabajo, la gestión y control de políticas de empleo, los centros nacionales de formación profesional ocupacional, las comisiones ejecutivas provinciales y de seguimiento de la contratación laboral y la potestad sancionadora³⁸⁴.

Refiriéndonos al primer área, la intermediación en el mercado de trabajo, las Comunidades Autónomas van a ser las encargadas de llevar a cabo el proceso de la intermediación, esto es, la inscripción y registro de los demandantes de empleo y la acción de relacionar las demandas con las ofertas empresariales existentes, siendo responsables de gestionar las ofertas de empleo. También autorizarán a las agencias de colocación que pretendan actuar en un ámbito territorial que no supere el de la Comunidad Autónoma³⁸⁵. Por tanto, las competencias en materia de intermediación

diciembre, en su artículo 12.1. (BOE 11 de enero de 1982, núm. 9) y, del mismo modo, también lo hace como uno de los objetivos básicos de la Comunidad el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE 20 de marzo de 2007, núm. 68).

³⁸¹ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 172.

³⁸² SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 173.

³⁸³ Las competencias son reflejadas en los Reales Decretos en los que se materializa el traspaso de competencias. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se trata del Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2003).

³⁸⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”, *Temas Laborales*, núm. 68, 2003, pág. 13.

³⁸⁵ Así viene establecido en el artículo tercero de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 153 de 28 de diciembre de 2002), que establece como objetivo específico del Servicio Andaluz de Empleo la planificación, gestión, promoción y evaluación

se van a centrar en desarrollar la actividad y fiscalizarla cuando la realicen terceras personas³⁸⁶.

Del mismo modo, son las Comunidades Autónomas las encargadas de recibir las comunicaciones empresariales respecto de los contratos realizados, sus prórrogas, modificaciones y finalización, y de llevar a cabo la intermediación en la Red EURES (European Employment Services)³⁸⁷. El objetivo de dicha RED es garantizar la libre circulación de trabajadores, posibilitando su movilidad entre todos los Estados Miembros a través del intercambio de información sobre la existencia de ofertas y demandas de empleo, la situación de cada mercado de trabajo y de las condiciones de trabajo en cada uno de los Estado Miembros³⁸⁸.

En cuanto a la segunda área, esto es, en materia de gestión y control de políticas de empleo, las competencias de las Comunidades Autónomas se vienen a centrar en las subvenciones y ayudas públicas concedidas por la Administración central en materia de empleo, la gestión de convenios con las entidades asociadas a los Planes de Servicios Integrados para el Empleo (en adelante, SIPES) y la ejecución de programas nacionales de Escuelas-Taller y Casas de Oficio³⁸⁹.

Y en atención a las otras tres áreas, las Comunidades Autónomas van a asumir, entre otras, la titularidad de centros de formación profesional ocupacional, las funciones de las comisiones de seguimiento de la contratación laboral, y la potestad sancionadora en las materias relativas al empleo y desempleo.

Este traspaso de competencias ha sido clave para que las Administraciones autonómicas puedan desarrollar o planificar las actuaciones en materia de empleo, aunque hay que decir que las Comunidades Autónomas, con anterioridad a este

de los distintos programas y acciones para el empleo competencia para la Comunidad Autónoma y dentro de estos “la autorización de la condición de centros colaboradores o asociados a aquellas entidades que participen en la ejecución de actividades que sean competencia del Servicio Andaluz de Empleo, así como la autorización y demás competencias sobre las agencias de colocación que actúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

³⁸⁶ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”,... op. cit., págs. 13 y s.s.

³⁸⁷ Decisión de la Comisión de la Unión Europea de 22 de octubre de 1993 (DOCE N° L 274, de 6 de noviembre).

³⁸⁸ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”,... op. cit., págs. 13 y s.s.

³⁸⁹ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”,... op. cit., págs. 14 y s.s.

traspaso competencial, ya venían desarrollando políticas propias de empleo³⁹⁰, y también, que la transferencia mantiene centralizados aspectos importantes de la política de empleo³⁹¹.

Debemos hacer mención, dentro del proceso de territorialización del empleo, a la dimensión local; esta aporta grandes beneficios por su proximidad a los usuarios y por facilitar una atención inmediata y el conocimiento directo de los problemas que afectan al mercado de trabajo. Sin lugar a dudas, la constatación de los problemas concretos que afectan al mercado de trabajo de un determinado territorio, capacitarían al servicio de empleo para adoptar las medidas más adecuadas para resolverlos y prevenir su aparición³⁹².

Nuestra Constitución no reconoce competencias a los entes locales en materia de legislación y ejecución laboral y tampoco respecto al área de colocación. El artículo 149.1.7ª de la CE distribuye la competencia legislativa y ejecutiva en materia laboral entre el Estado y las Comunidades Autónomas, respectivamente. Por su parte, el art. 4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo³⁹³, modificado por el art. 2 del Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo³⁹⁴, en su primer párrafo establece que: *“las políticas de empleo, en su diseño y modelos de gestión, deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local”*. En su párrafo segundo, dispone que *“de conformidad con la Constitución, con los Estatutos de Autonomía y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”³⁹⁵, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, en ejecución de las acciones y medidas de políticas*

³⁹⁰ Salas Porras hace mención, a que algunas autonomías, sin contar con servicios públicos de empleo, sino con servicios de colocación creados bajo el amparo que les otorgaba el Real Decreto 736/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo (BOE núm. 109, de 8 de mayo de 1995), venían realizando la función de colocación, aún a pesar de que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 podían haber hecho uso de la competencia en materia de gestión del empleo amparada constitucionalmente.

³⁹¹ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”,...op. cit., pág. 16.

³⁹² SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo*...op. cit. pág. 180.

³⁹³ BOE 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

³⁹⁴ BOE 19 de febrero de 2011, núm. 43.

³⁹⁵ BOE 3 de abril de 1985, núm. 80.

activas, podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales”³⁹⁶. Y en su párrafo tercero, que “*estas podrán participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico*”.

De la lectura del art. 4 de la Ley 56/2003, se deduce que el fortalecimiento del ámbito local en materia de política activa de empleo depende de las Comunidades Autónomas³⁹⁷.

Hemos de destacar que en materia de gestión de colocación, los entes locales podrán ejercer como instrumentos al servicio del SNE, sirviendo de emplazamiento para la adecuada distribución de las oficinas de empleo, o asumiendo la función de agentes activos, como agencia de colocación o como entidades colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos³⁹⁸.

También debemos hacer referencia al Servicio Andaluz de Colocación (en adelante, SAC) como antecedente del Servicio Andaluz de Empleo (en adelante, SAE).

El intento por crear una estructura administrativa en materia de empleo en Andalucía se desarrolla con el Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, firmado en abril de 1997, donde se refleja el compromiso del arranque del SAC. El SAC se define como el servicio público de gestión de empleo de la Junta de Andalucía, un sistema participado por los agentes sociales y económicos, y en el que colaborarán las entidades e instituciones que actúen en el marco de la intermediación laboral, la formación profesional ocupacional y el fomento del empleo. Sus objetivos

³⁹⁶ En la Comunidad Andaluza, fruto de la colaboración entre la Administración Andaluza y las Corporaciones locales, se crearon las *Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico*, que adoptaron la formulación administrativa de Consorcio, para el impulso y la gestión de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y de las Entidades Locales que los integraban, dirigidas a conseguir un mayor desarrollo endógeno del territorio consorciado y a lograr un acercamiento al ciudadano de la gestión de sus asuntos administrativos, y a contribuir a un desarrollo equilibrado y sostenido del territorio mediante la promoción de medidas para aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la creación de puestos de trabajo a nivel local, en la economía social y en las nuevas actividades ligadas a las necesidades aún no satisfechas por el mercado y, a la vez, posibilitar el acercamiento a los ciudadanos de las políticas

³⁹⁷ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 181.

³⁹⁸ SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo...op.cit.*, pág. 182.

son: a) atender a la interrelación de la oferta y la demanda con la eficacia, la eficiencia y la rapidez; b) asegurar la igualdad de oportunidades, equidad y transparencia en la intermediación; c) coordinar las iniciativas existentes en Andalucía orientadas al fomento del empleo; y, d) integrar en una bolsa única de trabajo todas las existentes en la Junta de Andalucía³⁹⁹.

Para llevar a cabo este compromiso, el 15 de julio de 1997 se firma un convenio de colaboración entre la Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía y el Instituto Nacional de Empleo, que trata de estructurar la actividad del SAC conforme al régimen aplicable a las agencias de colocación, reguladas por el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo⁴⁰⁰.

En un principio, y hasta que se recibieron las transferencias de competencias en materia de empleo por parte de la Administración central, sólo existía la posibilidad de actuar en materia de intermediación laboral como agencia de colocación. No es el caso de otras funciones del SAC, como la formación profesional ocupacional en que la Junta de Andalucía ya poseía competencias a esa fecha, o del fomento del empleo en general⁴⁰¹. El SAC se crea con la finalidad de intermediar en el mercado de trabajo.

En el referido Convenio quedó reflejado que el SAC prestará su servicio a todos los solicitantes de empleo que lo demanden y atenderá todas las ofertas de trabajo que se le presenten y que se correspondan con su ámbito de actuación, respetando el principio constitucional de no discriminación en relación con los solicitantes.

Con la entrada en vigor de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, se crea el Servicio Andaluz de Empleo. El Servicio Andaluz de Empleo pretende reflejar una perspectiva integral en materia de empleo, de ahí que no se mantenga su denominación inicial como Servicio Andaluz de Colocación, ya que, podríamos decir, que esta expresión lo situaría únicamente en la línea de la intermediación entre ofertas y demandas, y el SAE pretende integrar todas la líneas posibles en materia de

³⁹⁹ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”,... op.cit., pág. 17.

⁴⁰⁰ BOE 8 de mayo de 1995, núm. 109.

⁴⁰¹ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo...”, op. cit., pág. 17.

empleo.

Por tanto, el SAE quiere mantener un carácter integral de la gestión del empleo, y así lo muestra la exposición de motivos de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, (en adelante, LSAE), al aludir a que *“el desarrollo de las políticas de empleo se realizará de forma integrada por este servicio público, de carácter gratuito, cuyo funcionamiento debe coadyuvar a una gestión global y coordinada, que atienda a las particularidades de cada territorio en sus actuaciones, a la calidad de los servicios y los programas ocupacionales, mediante el establecimiento de sistemas de evaluación y mejora permanente del Servicio Andaluz de Empleo, que se configura como un organismo público coparticipado por los agentes sociales y económicos más representativos en Andalucía, siguiendo la línea de concertación del Gobierno de la Comunidad Autónoma”*⁴⁰².

Esta declaración de carácter integral también se deduce de la lectura del artículo 2 de la LSAE, al establecer entre los principios de actuación del SAE la integración, complementariedad y coordinación en la gestión de la política de empleo⁴⁰³.

El SAE fue creado, y así lo describe el art. 1 de la LSAE, como Organismo Autónomo de carácter administrativo⁴⁰⁴ de la Junta de Andalucía⁴⁰⁵, adscrito a la

⁴⁰² En la exposición de motivos de la citada Ley 4/2002, se hace mención a que se ha puesto en práctica un modelo de concertación social con los sindicatos Unión General de Trabajadores de Andalucía (en adelante, UGT), Comisiones Obreras de Andalucía (en adelante, CCOO) y la Confederación de Empresarios de Andalucía (en adelante, CEA), cómo organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de la Comunidad.

⁴⁰³ Destacar también entre los principios de actuación del SAE enumerados en el artículo 2 de la LSAE los siguientes: la igualdad de oportunidades, la participación de los agentes sociales y económicos, la transparencia del mercado de trabajo, la solidaridad territorial, la gratuidad, universalidad y personalización, la racionalización, simplificación, eficacia y eficiencia de su organización y funcionamiento, la calidad del servicio para trabajadores y empresas, el fomento de la innovación en políticas activas de empleo, y la colaboración y coordinación con el resto de organismos y Administraciones Públicas.

⁴⁰⁴ Los organismos autónomos son entidades de derecho público y, en cuanto tales, Administración Pública (art. 2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) con personalidad jurídica propia y diferente de la que corresponde a la Administración de la que dependen. Se rigen por el derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (art. 45.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, BOE 15 de abril de 1997, núm. 90).

⁴⁰⁵ Desde principios de 2011, y a raíz de la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de

Consejería competente en materia de empleo, como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios y dotado de autonomía administrativa y financiera para el cumplimiento de sus fines y para la gestión de su patrimonio y fondos que se le asignen.

El SAE va a asumir competencias en todo lo relacionado con el empleo. El artículo 3 de la LSAE menciona las funciones que va a asumir, estableciendo que el SAE tiene, como objetivos específicos, el ejercicio de las competencias en materia de empleo y, en particular, el fomento del empleo, la orientación e información, prospección, registro de demanda e intermediación en el mercado de trabajo y, para ello ejerce las siguientes funciones:

a) La elaboración de los anteproyectos de los planes de empleo.

b) La planificación, gestión, promoción y evaluación de los distintos programas y acciones para el empleo, competencia de la Comunidad, y en particular los siguientes: b1) los relativos a fomento del empleo, b2) la orientación e información profesional y acciones de apoyo para la mejora de empleo, b3) la intermediación laboral, el registro de demandantes de empleo, la recepción de comunicación de contratos y la gestión de la Red Eures en Andalucía, b4) la coordinación con la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo, b5) la prospección del mercado de trabajo y la difusión de información sobre el mercado laboral, b6) la colaboración con los medios de comunicación de masas para promocionar los planes de empleo, b7) la autorización de la condición de centros colaboradores o asociados a las entidades que participen en la ejecución de actividades que sean competencia del SAE, y la autorización y demás competencias sobre las agencias de colocación que actúen en la Comunidad Andaluza, b8) la promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales.

c) La resolución de las convocatorias de ayudas y subvenciones y la suscripción de convenios de colaboración, referentes a las competencias gestionadas por el SAE.

reordenación del sector público de Andalucía (BOE 3 de marzo de 2011, núm. 53), de la que hablaremos más adelante, el SAE vio modificada su naturaleza jurídica y pasó a configurarse como agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54. 2 c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOE 17 de noviembre de 2007, núm. 276).

d) La asistencia técnica a los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones en materia de empleo.

e) La ejecución, como competencias propias, de las acciones formativas que en el ámbito de la formación profesional se determinen, conforme a la oferta formativa que efectúe la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo. Gestionará como competencias propias los centros de formación para el empleo que se determinen por la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo.

f) Cuantas otras funciones le sean atribuidas por el Consejo de Gobierno o aquéllas que puedan ser transferidas a la Junta de Andalucía en materia de empleo.

Aunque el SAE asume la mayor parte de las funciones en materia de empleo, este hecho no implica que el Estado deje de jugar un papel fundamental en la política de empleo. Así el SNE ⁴⁰⁶, que fue definido por la derogada Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo⁴⁰⁷, en su art. 5 como “conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo”, se integra por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las

⁴⁰⁶ Es de importancia hacer mención a los fines que deberá garantizar el Sistema Nacional de Empleo, que son enumerados por el art. séptimo del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, (en adelante, TRLE), BOE 24 de octubre de 2015, núm. 255, y se trata de los siguientes: “a) Fomentar el empleo y apoyar la creación de puestos de trabajo, en especial dirigidos a personas con mayor dificultad de inserción laboral; b) Ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios, capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo, sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral; c) Facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de ocupación, y a los empleadores, contratar los trabajadores adecuados apropiados a sus necesidades, asegurando el principio de igualdad en el acceso de los trabajadores y empresarios a los servicios prestados por el servicio público de empleo; d) Asegurar que los servicios públicos de empleo aplican las políticas activas de empleo y de intermediación laboral conforme a los principios de igualdad y no discriminación, en los términos del art. 9 de la Constitución española, y promueven la superación de los desequilibrios territoriales; e) Garantizar la aplicación de las políticas de activación para el empleo y de la acción protectora por desempleo; f) Asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español y su integración en el mercado único europeo, así como la libre circulación de los trabajadores; g) Impulsar la cooperación del servicio público de empleo y de las empresas en aquellas acciones de políticas activas y cualificación profesional que éstas desarrollen y que puedan resultar efectivas para la integración laboral, la formación o recualificación de los desempleados; h) Fortalecer los servicios públicos de empleo y favorecer la colaboración público-privada en la intermediación laboral y el desarrollo de las políticas activas de empleo”.

⁴⁰⁷ Derogada por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

Comunidades Autónomas. A este organismo autónomo del Estado se le encomienda “la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo”, según viene recogido en el artículo 15 del TRLE⁴⁰⁸.

Semejantes atribuciones son congruentes con la circunstancia, de que, además de la gestión y control de las prestaciones por desempleo, el Gobierno se reserve las potestades legislativa y reglamentaria en relación con la intermediación y la colocación en el mercado de trabajo, el fomento del empleo, la protección por desempleo, y la formación profesional en el ámbito laboral y el desarrollo de dicha ordenación, sin perjuicio de las competencias que en materia de extranjería correspondan al Ministerio del Interior (art. 3.1 TRLE)⁴⁰⁹. Pero además, el apartado primero de este artículo establece que la capacidad atribuida al Gobierno sobre la coordinación de la política de empleo, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, habrá de ejercerse en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, definida en el artículo 8 del TRLE, como “el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo y de formación para el empleo en el ámbito laboral, y especialmente en lo relacionado con la Estrategia Española de Activación para el Empleo y con los Planes Anuales de Política de Empleo”.

Por tanto, los gobiernos regionales no sólo participan en la ejecución de ciertas políticas de empleo, sino que además tienen legalmente reconocida la capacidad de intervenir en su elaboración⁴¹⁰.

2. La naturaleza jurídica del SAE como agencia especial y sus consecuencias

Otro elemento a resaltar del SAE es el relativo a su aspecto organizativo. Como ya hemos señalado anteriormente, con la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía⁴¹¹, el Servicio Andaluz de

⁴⁰⁸ Transcrito del art. décimo de la derogada Ley 56/2003, de 16 de diciembre de empleo.

⁴⁰⁹ LUQUE CASTILLO, FJ., “Las políticas activas de empleo en la Andalucía actual: marco normativo, recursos disponibles y red de actores”, *Los actores de las políticas sociales en contextos de transformación, III Congreso Anual de la REPS*, pág. 4.

⁴¹⁰ LUQUE CASTILLO, FJ., “Las políticas activas de empleo en la Andalucía...”, op.cit. págs. 4 y 5.

⁴¹¹ BOE 3 de marzo de 2011, núm. 53.

Empleo vio modificada su naturaleza jurídica y pasó de ser un organismo autónomo a configurarse como agencia de régimen especial de las previstas en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía⁴¹². El artículo 8 de la Ley 1/2011 dispone en su apartado primero *“que el SAE adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2 c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre”*⁴¹³ y se regirá por lo dispuesto en Ley 1/2011 de 17 de febrero, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del SAE, y por sus Estatutos, en lo que no se opongan a aquella, por la Ley General de la Hacienda Pública de Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación”. En su apartado segundo establece, que *“el SAE se adscribirá a la Consejería que se establezca por el Consejo de Gobierno”*, en el tercero, que *“su personal se mantendrá con el carácter de personal laboral o funcionario que en la actualidad ostenta”*, y en el apartado sexto, que *“el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio del SAE quedan encomendados al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a través de los letrados o letradas adscritos al mismo”*⁴¹⁴.

⁴¹² BOE 17 de noviembre de 2007, núm. 376.

⁴¹³ La Exposición de Motivos de la LAJA hace mención a una terminología novedosa de Entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, reservando la categoría de agencias administrativas para los organismos autónomos a los que se refería el art. 4 de la Ley 5/1983, de 23 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 26 de julio de 1983, núm. 59) derogada por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (BOE 1 de abril de 2010, núm. 79), y la de agencias públicas empresariales para las entidades de Derecho Público del art. 6.1 b) de la citada Ley, además se introduce una nueva categoría, denominada agencia de régimen especial, con ciertas peculiaridades en su régimen de personal, presupuestario y de gestión de su actividad, atendiendo a la naturaleza de las funciones asignadas que implican ejercicio de autoridad.

⁴¹⁴ Pese a que el apartado sexto del artículo octavo de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía no deja dudas en la encomendación directa a los letrados o letradas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía del asesoramiento, representación y defensa en juicio del SAE, el art. 41 de la LAJA, en su apartado tercero, establece que el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de, entre otras, las agencias de régimen especial podrán ser encomendados a los letrados y letradas adscritos al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, mediante convenio a suscribir con la Consejería competente en materia de Presidencia, en el que se establezcan las condiciones del ejercicio de dichas funciones. Actualmente no se ha suscrito ese convenio con la Consejería competente en materia de Presidencia, pero a mi entender si la citada Ley 1/2011, de 17 de febrero asigna esa encomendación directa a los letrados del Gabinete Jurídico, porque esperar a una posible encomendación a los letrados del Gabinete jurídico, en virtud de una Ley, la LAJA, del mismo rango que la Ley 1/2011, pero anterior en el tiempo, y así lo hace ver el apartado primero de la disposición derogatoria única de la citada Ley 1/2011, al disponer que *“quedan sin efecto todos los preceptos contenidos en otras normas y cuyo tenor se reproduce en la presente Ley, así como cuantas normas contradigan o se opongan a lo dispuesto en la misma”*.

Aunque en principio, la adaptación de los organismos autónomos de la Administración andaluza al nuevo régimen jurídico establecido en la LAJA, pasaba, según aparece reflejado en la disposición transitoria única de dicha Ley, por la adecuación de los organismos autónomos, cualquiera que fuese su carácter, al régimen de las agencias administrativas previsto en dicha Ley, con la posibilidad de refundición en una o varias agencias administrativas por área de actividad, el apartado tercero de dicha disposición transitoria única abre la posibilidad de la adecuación de esos organismos autónomos al régimen jurídico de las agencias de régimen especial, como ha ocurrido con el SAE, siempre y cuando concurran las circunstancias previstas en la Sección 4ª del Capítulo II del Título III de la LAJA, pudiendo el Consejo de Gobierno llevar a cabo esta adecuación, a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y Hacienda.

El artículo 54 de la LAJA en su apartado primero, establece que *“las agencias son entidades con personalidad jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional”*, y el artículo 55 que *“le corresponden, dentro de la esfera de sus competencias, las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria”*.

Para la creación de las agencias de régimen especial es necesaria autorización legal previa en la que se concrete su objeto y sus fines generales. En todo caso, su creación se producirá mediante aprobación de su Estatutos por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y Hacienda (art. 55).

Por tanto, las agencias de régimen especial son entidades públicas a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, de actividades prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su

régimen jurídico. Se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. En todo caso, se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos regulados en esta Ley, en sus Estatutos, en el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Estas se adscriben a la Consejería competente por razón de la materia, aunque excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia administrativa o de régimen especial cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas (artículo 71 LAJA).

En cuanto a régimen jurídico aplicable al personal de las agencias de régimen especial, aparece regulado en el artículo 74 de la LAJA, estableciéndose en su primer apartado que este podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y/o personal sujeto a Derecho Laboral, siendo desempeñadas las funciones que impliquen ejercicio de autoridad por personal funcionario. El apartado segundo de esta disposición hace referencia a que las agencias de régimen especial dispondrán de competencias en materia de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción, provisión de puestos y movilidad de su personal, con arreglo a las siguientes reglas: a) La oferta de empleo de la agencia se integrará en la correspondiente oferta de empleo público de la Administración de la Junta de Andalucía; b) La selección de personal se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, respetando la reserva en el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, seleccionando a su personal laboral a través de sus propios órganos de selección y las convocatorias de selección de personal funcionario se efectuarán por la Consejería a la que se encuentre adscrita la agencia y, excepcionalmente, por la propia agencia, previa autorización, en todo caso, de la Consejería competente en materia de función pública.

En cuanto al régimen retributivo de su personal, el apartado tercero del mencionado artículo 74, hace referencia a que los conceptos retributivos del personal

funcionario de los órganos de régimen especial serán los establecidos en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinarán en el marco del correspondiente contrato de gestión, de conformidad con lo establecido en dicha normativa y en la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Respecto a las condiciones retributivas del personal laboral, éstas serán las determinadas en el convenio colectivo de aplicación y en el respectivo contrato de trabajo, aunque sus cuantías se fijarán de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior.

Por tanto, y centrándonos en el aspecto organizativo del SAE, derivado de su configuración como agencia de régimen especial adscrita a la Consejería de la Junta de Andalucía competente en materia de empleo, tanto el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía como la Consejería respectiva poseen las competencias que se describen en los arts. 4 y 5 de la LSAE⁴¹⁵.

Según establece el citado artículo 4, *“corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía: a) Aprobar los planes de empleo; b) Establecer las directrices generales en materia de políticas de empleo; c) Establecer anualmente el proyecto de presupuesto del SAE integrado en el proyecto de presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía; d) aprobar los Estatutos del SAE; e) Nombrar, a propuesta del Consejero competente en materia de empleo, al Director-Gerente del SAE y a los titulares de las Direcciones Generales que, en su caso, se establezcan; f) Cualesquiera otras que le atribuya la legislación vigente”*.

Por su parte, el artículo 5 dispone que *“corresponde a la Consejería competente en materia de empleo: a) La fijación de las directrices generales y criterios de actuación del SAE; b) La propuesta al Consejo de Gobierno de las disposiciones de carácter general que afecten a su materia; c) La aprobación de las Órdenes en materia de empleo; d) La aprobación del Anteproyecto del presupuesto del SAE; e) La aprobación de la propuesta anual de necesidades de recursos humanos del SAE para su elevación al Consejo de Gobierno; f) La planificación, supervisión y control*

⁴¹⁵ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo, op.cit..., pág. 23.

de la actuación del SAE; g) Cuantas otras le vengan atribuidas por el ordenamiento vigente”.

En cuanto a la composición de los órganos en que se estructura el SAE⁴¹⁶, cabe destacar, conforme al artículo 7 de la LSAE, que *“la presidencia del SAE corresponde a la persona titular de la Viceconsejería competente en materia de empleo, cuyas funciones son: a) Ostentar la representación legal del mismo; b) Convocar y presidir las reuniones del Consejo de Administración; c) Suscribir los contratos, convenios y resoluciones referidos a asuntos propios del SAE”*.

“El Consejo de Administración del SAE estará compuesto por el Presidente y dieciocho vocales, nombrados por el titular de la Consejería competente en materia de empleo, de los cuales el cincuenta por ciento será representación de la Administración de la Junta de Andalucía” (art. 8 LSAE)⁴¹⁷. Dicho Consejo estará integrado por a) Nueve vocales designados por la Consejería competente en materia de empleo; b) Cuatro vocales designados por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía; c) Cuatro vocales designados por las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en Andalucía, d) Un

⁴¹⁶ Según establece el artículo sexto de la LSAE, *“el SAE se estructura en los siguientes órganos: 1. De gobierno y gestión: a) La presidencia; b) El Consejo de Administración; c) La Dirección Gerencia; d) Las Direcciones Generales que, en su caso, se establezca. 2. Territoriales: a) Las Direcciones Provinciales; b) Las Comisiones Provinciales; c) Las Oficinas del SAE; 3. De participación: El Consejo Asesor”*.

⁴¹⁷ Conforme al apartado cuarto del art. 8 de la LSAE, *“corresponde al Consejo de Administración del SAE: a) Aplicar los criterios de actuación del SAE, conforme con las directrices de la Consejería competente en materia de empleo; b) Elaborar las propuestas de planes y programas para el empleo, para su oportuna tramitación; c) Conocer los nombramientos de los titulares de los órganos de gobierno del SAE; d) Aprobar el borrador de anteproyecto del presupuesto del organismo; e) Aprobar la memoria anual y las cuentas anuales; f) Elevar al titular de la Consejería competente en materia de empleo la propuesta de los proyectos de las disposiciones de carácter general y aquellas que regulen los criterios de concesión de ayudas y los convenios de colaboración relativos a las materias competencia del SAE; g) Elevar al Consejero competente en materia de empleo la propuesta de estructura de los servicios administrativos del SAE; h) Elaborar los criterios para la adquisición o pérdida de la condición de entidad que colabora con las funciones propias del SAE, en el marco de la normativa legal que resulte de aplicación; i) Informar sobre adquisición o pérdida de la condición de entidad colaboradora del SAE; j) Proponer al titular de la Consejería competente en materia de empleo la presentación de proyectos a la Unión Europea (en adelante, UE), relativos a las materias competencia del SAE; k) La articulación de los mecanismos necesarios para garantizar la coordinación con la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo para el desarrollo de las funciones de intermediación laboral y el conjunto de programas y medidas de orientación y formación, al objeto de mejorar las posibilidades de acceso al empleo, adaptación de la formación y recualificación; l) El seguimiento y la evaluación de las actividades realizadas en las materias específicas del SAE; m) Proponer cuantas medidas considere necesarias para el mejor cumplimiento de los fines del organismo; n) Cualesquiera otras competencias que le sean atribuidas por la normativa aplicable o estatutariamente”*.

vocal de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

Podemos observar la importancia que la LSAE otorga a la concertación social en Andalucía, al caracterizarse la estructura de los órganos del SAE por una gran participación de los agentes sociales, así como de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias. En cuanto a la Administración Local, participa a través de la citada Federación, aspecto relevante de la importancia que el factor territorial adquiere en materia de empleo, elemento que exige adoptar, a la vez que una política autonómica una óptica local⁴¹⁸.

Por su parte, la Dirección-Gerencia del SAE va a dirigir, coordinar, planificar y controlar las actividades del SAE, sin perjuicio de las competencias asignadas al Consejo de Administración, correspondiéndole de manera específica las siguientes competencias: a) Ejecutar y hacer ejecutar los acuerdos del Consejo de Administración; b) Ejercer la jefatura superior del personal adscrito al SAE; c) Autorizar los gastos, efectuar las disposiciones, contraer obligaciones y ordenar pagos, dentro de los límites fijados por la normativa vigente en materia presupuestaria; d) Preparar y elevar al Consejo de Administración el borrador del anteproyecto de presupuesto, planes y programas de empleo y planes de actividades, memoria anual y cuentas anuales; e) Todas aquellas, que le atribuyan los Estatutos, la normativa vigente y las que le sean delegadas (art. 9 LSAE).

Conforme al artículo 11 de la LSAE, *“en el ámbito provincial, la gestión del SAE se realizará a través de las Direcciones Provinciales, que asumirán las competencias que se les atribuyan en el desarrollo de la presente Ley y en las normas que desarrollan las actuaciones del SAE”*. Estas *“serán desempeñadas por quienes ostenten la titularidad de las respectivas Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de empleo”*.

También el artículo 12 de esta Ley establece que, a nivel provincial, existirán unas Comisiones Provinciales del SAE, cuya composición y funciones serán determinadas estatutariamente, que deberán integrarlas vocales designados por la Junta de Andalucía, las organizaciones sindicales y empresariales que forman parte

⁴¹⁸ LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo...”, op.cit., págs. 23 y ss.

del Consejo de Administración y por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

Por su parte, el Consejo Asesor del SAE se constituye como órgano colegiado de participación, consulta y asesoramiento y estará integrado por un presidente, un vicepresidente, veinticuatro vocales y un secretario, ostentando la presidencia la persona titular de la Viceconsejería competente en materia de empleo. Entre los vocales, y atendiendo a las exigencias de concertación social ya comentadas, se nombrarán cuatro designados por la Federación Andaluza de Municipios, cuatro a propuesta de las organizaciones sindicales que forman parte del Consejo de Administración del SAE, cuatro a propuesta de las organizaciones empresariales que forman parte del Consejo de Administración, dos a propuesta de las organizaciones de la economía social, cuatro propuestos por el Consejo de Administración de entre personas de reconocido prestigio en la materia propia de las competencias atribuidas a este servicio, y seis designados por la Junta de Andalucía. El Consejo Asesor del SAE ostentará las funciones que estatutariamente se establezcan.

Siguiendo con la estructuración de los órganos del Servicio Andaluz de Empleo, actualmente, el Decreto de la Presidenta 12/2015, de 17 de junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías⁴¹⁹, basándose en la estructura establecida por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, adscribe este organismo a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, y, según establece el Decreto 69/2013, de 2 de julio, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, y los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, aprobados mediante Decreto 96/2011, de 19 de abril⁴²⁰, *“el SAE bajo la presidencia de la persona titular de la Viceconsejería, se estructura para el ejercicio de sus competencias en los siguientes órganos directivos centrales:*

- Dirección-Gerencia, que será ejercida por la persona titular de la Secretaría General de Empleo.

⁴¹⁹ BOJA 18 de junio de 2015, núm. 117.

⁴²⁰ BOJA 4 de julio de 2013, núm. 129.

- *Secretaría General*⁴²¹.

- *Dirección General de Políticas Activas de Empleo*⁴²².

- *Dirección General de Evaluación, Control y Calidad*⁴²³”.

⁴²¹ Conforme al apartado tercero del artículo único del Decreto 69/2013, de 2 de julio, corresponden a la Secretaría General del SAE, órgano administrativo con rango de Dirección General, las competencias en materia de producción normativa, asistencia jurídica, recursos humanos, gestión financiera y patrimonial y gestión de medios materiales, servicios auxiliares y publicaciones, atribuidas a dicha agencia. En particular le corresponde: a) La gestión de personal, sin perjuicio de las funciones que se atribuyen en esta materia a la Dirección-Gerencia; b) La organización y racionalización de las unidades y servicios de la Agencia; c) Las funciones generales de administración, registro y archivo; d) La tramitación, informe y, en su caso, la preparación de disposiciones de carácter general; e) El impulso y la ejecución de la actividad presupuestaria y la gestión del gasto, coordinando a estos efectos, a los distintos órganos de la agencia, sin perjuicio de las funciones que se atribuyen en esta materia a la Dirección-Gerencia; f) La gestión de la contratación administrativa; g) La asistencia técnica y administrativa a la Dirección-Gerencia y demás órganos de dirección de la agencia; h) Todas aquellas que le atribuyan los Estatutos.

⁴²² Conforme al apartado cuarto del artículo único del Decreto 69/2013, de 2 de julio, “a la Dirección General de Políticas Activas de Empleo, le corresponden en general, el impulso, coordinación, y planificación de las funcione relativas a la gestión de las políticas activas de empleo que corresponden al SAE, sin perjuicio de la coordinación necesaria con otros órganos competentes en esta materia de la Administración de la Junta de Andalucía, los servicios para la empleabilidad de las personas demandantes de empleo, y la mejora de la funcionalidad del mercado de trabajo” y en particular le corresponden las siguientes competencias: a) La coordinación de la atención a las personas usuarias del SAE (demandantes y oferentes de empleo); b) La definición y coordinación del registro y calificación de la demanda de empleo, y la puesta en marcha de los itinerarios personalizados de inserción (en adelante, IPI) y las actuaciones de orientación profesional; c) La definición y coordinación de las actuaciones de atención a las entidades empleadoras en relación con sus necesidades de recursos humanos, con la recepción y difusión de las ofertas de empleo, la captación de personas candidatas adecuadas y su puesta en contacto para su contratación; d) La promoción, impulso y desarrollo de los programas y acciones en materia de promoción del empleo y desarrollo local, e impulsar la coordinación y colaboración con los organismos y órganos de la Administración Local, Autonómica y General del Estado, así como con entidades sin ánimo de lucro, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio; e) El fomento de medidas dirigidas a la creación de empleo de calidad, estable y no des localizable, a la contratación de personas demandantes de empleo, y a la gestión, en el ámbito de las competencias de la agencia, del programa de Fomento del Empleo Agrario; f) El fomento y la elaboración de proyectos generadores de empleo de interés general y social, y los programas específicos de fomento de la contratación para la integración laboral de personas con discapacidad y para las personas con dificultades de inserción laboral; g) El impulso y desarrollo de medidas en el marco de los nuevos yacimientos de empleo; h) La autorización de agencias de colocación que actúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; i) La gestión del registro de la comunicación de la contratación laboral.

⁴²³ Según establece el apartado quinto del artículo único del Decreto 69/2013, de 2 de julio, “corresponde a la Dirección General de Evaluación, Control y Calidad, con carácter general, el seguimiento, evaluación y control de todos los programas dirigidos a la implantación de políticas de empleo puestas en marcha por el SAE, así como la coordinación con otros programas desarrollados por el resto de Consejerías o agencias sobre tales materias para la aplicación de la Estrategia Europea de Empleo”. Y correspondiéndole en particular: a) Impulsar, definir y proponer la metodología y los sistemas de control de calidad de las acciones y programas, así como en la prestación de servicios competencia del SAE; b) Llevar a cabo el control, seguimiento y evaluación de la ejecución y justificación de los programas en materia de políticas activas de empleo, de acuerdo con su normativa reguladora, así como la propuesta de mejoras y medidas correctoras de las desviaciones

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público que contempla, en su artículo octavo, entre las medidas de organización en materia de empleo, la adaptación del SAE a un nuevo escenario de organización pública mediante la modificación de su naturaleza jurídica, configurándose como agencia de régimen especial, se publicó el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprobaron los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo⁴²⁴.

Este Decreto 96/2011, en su Exposición de Motivos, hace mención, como ya hemos mencionado anteriormente, a la necesidad de una nueva forma organizativa atendiendo a las “*singularidades de la actividad que debe de desarrollar el SAE, y a la necesidad de potenciar su capacidad de gestión y especialización*”; ambas circunstancias aconsejan acudir al modelo organizativo de agencia de régimen especial, en tanto que dicho modelo le permitirá contar con un régimen jurídico y medios materiales y personales idóneos para la consecución de los fines previstos, a la vez que permite flexibilizar el modelo de gestión y equilibrar adecuadamente los principios de autonomía, control y responsabilidad por resultados, potenciándose una prestación de servicios con la máxima calidad desde tres puntos de vista: desde la perspectiva presupuestaria, dotando de mayor agilidad la distribución de los créditos y el control financiero de las subvenciones; desde la perspectiva personal,

detectadas; c) Identificar, buscar y elaborar cualquier tipo de información relativa a las políticas activas de empleo, así como sistematizarla para su difusión. En todo caso, incluirá sistemáticamente la variable sexo y establecerá indicadores cualitativos y cuantitativos que permitan evaluar el impacto de género de las políticas del SAE; d) Establecer criterios de inspección y velar por su cumplimiento; e) Iniciar de oficio, o a instancia de parte, las actuaciones necesarias para ejercer la inspección sobre los beneficiarios de las acciones subvencionadas; f) Proponer el inicio de los procedimientos de revocación de subvenciones concedidas, de exclusión de los censos de centros colaboradores, y de los procedimientos sancionadores y medidas cautelares que procedan del resultado de la actividad inspectora; g) Tramitar los procedimientos de reintegro y sancionadores; h) colaborar y dar apoyo a las auditorías y controles efectuados por los organismos competentes de la Administración autonómica, estatal y comunitaria, para comprobar la regularidad de las acciones cofinanciadas y el cumplimiento de la normativa aplicable; i) Elaborar planes de control en el ámbito de sus competencias, en materia de empleo e intermediación laboral, así como proponer objetivos y actuaciones conjuntas con la Inspección de Trabajo y Seguridad social; j) Programar y justificar las actuaciones cofinanciadas por el Fondo Social Europeo en materia de empleo; k) Colaborar con la Consejería competente en materia de Administración Pública en aspectos relacionados, entre otros, con la calidad de los servicios, autoevaluación y cartas de servicios, así como con la Consejería competente en Política Digital respecto de los sistemas de gestión integrados; l) Realizar la planificación anual del sistema de gestión de calidad; m) Coordinar y supervisar la verificación administrativa de la ejecución de las acciones y programas, de acuerdo con los sistemas y mecanismos establecidos por la Dirección General de Políticas Activas de Empleo.

⁴²⁴ BOJA 29 de abril de 2011, núm. 83; rect. Boja 14 de julio de 2011, núm. 137.

promoviendo la máxima especialización y dotando de mayor celeridad a la cobertura de puestos de trabajo; y, desde la perspectiva de la ciudadanía, favoreciendo la posibilidad de que el ciudadano visualice claramente los fines, la forma de gestión y los resultados del servicio prestado. Además, esta forma organizativa contribuirá también a mejorar la eficacia en la gestión de las políticas activas de empleo y facilitará la participación y las relaciones de colaboración y coordinación con otras Administraciones.

El art. 1.1 del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del SAE alude a su naturaleza y personalidad jurídica, disponiendo que *“el SAE, en lo sucesivo Agencia, creado por Ley 4/2002, de 16 de diciembre, se configura como Agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2 c) de la LAJA, para realizar las actividades administrativas y demás funciones y competencias establecidas en su Ley de creación y cualquier otra actividad, competencia o función que específicamente se le atribuya”*. En su apartado segundo, establece que *“la Agencia tiene personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, y autonomía de gestión y funcional dentro de los límites establecidos por la LAJA”*.

En cuanto al régimen jurídico de la Agencia, *“esta se regirá por lo dispuesto en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, la LSAE, por la LAJA, y por los presentes Estatutos en lo que no se oponga a aquellas. Así mismo, se regirá por el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y por las demás normas que le sean de aplicación”* (art. 2 D. 96/2011, de 19 de abril).

A la Agencia SAE, en el ámbito de sus competencias, le corresponderán las potestades administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y funciones de acuerdo con la legislación aplicable⁴²⁵.

⁴²⁵ Conforme con el artículo tercero del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueba los Estatutos del SAE, *“la Agencia, en particular, queda investida de las siguientes potestades administrativas: a) Las de revisión de oficio de sus actos y acuerdos; b) Las de policía administrativa, vigilancia, inspección y sancionadora; c) Las de fomento; d) Las prestacionales y de gestión de servicios públicos; e) Las de ejercicio de las prerrogativas y derechos que atribuye la Ley 30/2007, de*

Debemos hacer mención a que *“la Agencia SAE tiene su sede institucional en la ciudad de Sevilla, sin perjuicio de que las estructuras organizativas y unidades operativas desconcentradas que la componen puedan tener sedes distintas”*, así lo dispone el artículo 4 del citado Decreto 96/2011.

También debemos tener en cuenta la estructura organizativa que, siguiendo el marco establecido por la LSAE, el Decreto 96/2011 atribuye al SAE, que queda definida en su artículo 9, al disponer en su apartado primero, que *“la Agencia cuenta con la siguiente estructura organizativa: a) En la organización central: 1º. Órganos de dirección: a) Órganos unipersonales: La Presidencia, la Dirección-Gerencia, la Secretaría General, las Direcciones generales que en su caso se establezcan; b) En la organización periférica: 1º Direcciones Provinciales, 2º Comisiones Provinciales, 3º Áreas Territoriales de Empleo, 4º Oficinas de la Agencia”*.

En cuanto a la organización periférica, es importante hacer alusión a las Áreas Territoriales de Empleo y a las Oficinas de las Agencias, que van a ser los órganos periféricos que van a tener una relación más directa con los demandantes de empleo, empresas y ciudadanía.

Las Áreas Territoriales de Empleo, que se crean por la Orden de 2 de octubre de 2008, por la que se establece el modelo de ordenación territorial, organización y funcionamiento de las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo⁴²⁶ y su relación con otros recursos de empleo, se configuran como unidades administrativas de acceso a los servicios y la atención continuada a personas demandantes de empleo, empresas, futuras personas empleadoras, otras Administraciones y a las familias, que permitan aportar la información necesaria para una adecuada planificación, ejecución y evaluación de las políticas activas de empleo en el territorio (art. 23 del D. 96/2011). La delimitación geográfica de cada una de las Áreas Territoriales de Empleo atiende a la población potencial destinataria de las políticas de empleo, así como a factores demográficos, socioeconómicos, laborales, vías y medios de comunicación comunes

30 de octubre, de Contratos del Sector Público de las Administraciones Públicas; f) Las de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio, en relación con los bienes de su titularidad, y los que tengan adscritos para el desarrollo de su actividad; g) La del disfrute de las prelación y preferencias reconocidas a las Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de la Comunidad Autónoma”.

⁴²⁶ BOJA 10 de octubre de 2008, núm. 203.

a varios municipios⁴²⁷.

Por tanto, las Áreas Territoriales de Empleo (en adelante, ATE), mediante la ordenación de los recursos y servicios existentes, persiguen los siguientes fines: a) Atender de forma personalizada las necesidades y demandas de trabajadores, empresas y población general; b) Aproximar y prestar servicios ajustados a la especificidad de cada territorio; c) Facilitar el acercamiento a las Corporaciones locales y otros agentes locales; d) Promover la calidad, eficacia y eficiencia integral de los instrumentos dedicados a la gestión del empleo; e) Favorecer la coordinación con dispositivos territoriales de otras Consejerías y entidades instrumentales de la Junta de Andalucía; f) Conocer las características socioeconómicas de los territorios para obtener información veraz sobre la singularidades de los mismos, de manera que sirva de fuente en la aplicación de las políticas activas de empleo, y funcionarán como unidades administrativas para pautar la actuación de los Centros de Empleo, Oficinas de Empleo y las Oficinas Locales de Empleo, mediante el impulso de las políticas activas de empleo, en su zona de influencia, y asistiendo la toma de decisiones relativas a las mismas y la coordinación con el resto de dispositivos, encontrándose como responsable de cada ATE, un Director que ejercerá la dirección de la misma y las funciones que le sean encomendadas⁴²⁸.

Por su parte, las Oficinas de la Agencia, entendiendo por tales, los Centros de empleo⁴²⁹, las Oficinas de empleo⁴³⁰ y las Oficinas locales de empleo⁴³¹, son las

⁴²⁷ Art. 2. Apartado tercero de la Orden 2 de octubre de 2008.

⁴²⁸ Entre las funciones que tienen atribuidas las Áreas Territoriales de Empleo, cabe destacar: a) La dirección y coordinación de los diferentes tipos de oficinas incluidas en su ámbito de actuación; b) Elaborar y elevar la propuesta de trabajo de el área Territorial de Empleo, con indicación expresa de los objetivos de cada unidad y redes que se integren en la misma y realizar su seguimiento y evaluación; c) Definir protocolos de colaboración y derivación entre unidades, redes y dispositivos vinculados al empleo existentes en el área, acordes con las características del territorio; d) Responsabilizarse de las relaciones con las Administraciones Locales e institucionales de la zona, de acuerdo con las directrices marcadas desde la Dirección Provincial del SAE correspondiente; e) Coordinar las actuaciones desarrolladas desde las diferentes unidades administrativas con el resto de dispositivos del SAE integrados en el área; f) Coordinar en su ámbito de actuación los distintos programas de políticas activas de empleo; g) Elaborar instrumentos y estudios relativos al mercado de trabajo en su zona de influencia, que permitan profundizar en el conocimiento del territorio; h) Promover estrategias específicas de atención, información y difusión, y el uso de las herramientas telemáticas, el seguimiento de centros y oficinas de empleo, así como los dispositivos de prestación de servicios no presenciales; i) Apoyar, en el marco de los convenios de colaboración que se establezcan, la gestión de las prestaciones por desempleo (art. 5 Orden de octubre de 2008).

⁴²⁹ Según establece el art. 6 de la Orden 2 de octubre de 2008 “*son aquellas oficinas que se definen como unidades administrativas de gestión, encargadas de la prestación integrada de servicios a las*

unidades administrativas que, organizadas e integradas en ATE, se le encomiendan las funciones de coordinación, gestión, tramitación o apoyo, en su caso, de los programas o acciones establecidos por la Agencia. Su denominación, funciones, ordenación y localización territorial serán establecidos por la Agencia (art. 24. D. 96/2011).

El Capítulo Octavo del Decreto 96/2011, de 19 de abril, va a desarrollar su régimen de personal.

El artículo 37 del citado Decreto hace alusión a que la Agencia SAE dispondrá del personal funcionario y laboral necesario para su funcionamiento, haciendo hincapié en que el personal funcionario se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, quedando vinculado a la Agencia por una relación sujeta a las normas de Derecho Administrativo, y en que el personal laboral se regirá por el EBEP en lo que le resulte de aplicación, por la normativa aplicable en materia de función pública, por el TRET, por el correspondiente convenio colectivo que les sea de aplicación y por las demás normas del ordenamiento laboral. También señala, en su apartado quinto, que *“la relación de puestos de trabajo determinará aquellos que deben ser desempeñados por personal funcionario y personal laboral de la Junta de Andalucía, no obstante, aquellos puestos de trabajo que conlleven ejercicio de autoridad y funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades administrativas o en la salvaguarda de los intereses generales de la Administración, serán desempeñados por personal funcionario, de acuerdo con lo dispuesto en artículo 9. 2 del EBEP y en el artículo 74. 1 de la LAJA”*.

En cuanto a la relación y catálogo de puestos de trabajo, la Agencia SAE

personas demandantes de empleo, empresas y familias de su zona de influencia que, por su especialización y valor añadido, desarrollan estrategias globales para ofrecer servicios de máximo nivel en materia de empleo”.

⁴³⁰ Conforme al art. 7 de la citada Orden “son unidades administrativas intermedias de gestión, a las que les corresponde la acogida, información y atención de las personas demandantes de empleo y empresas de su zona de influencia, gestión de ofertas, así como la derivación a otros servicios y recursos existentes en el Área Territorial de Empleo”.

⁴³¹ Son unidades administrativas básicas de gestión a las que, caracterizadas por atender a poblaciones reducidas, les corresponde el desarrollo de funciones de acogida e información general, derivación a otras oficinas del área territorial, recepción de documentación, así como los primeros trámites en la gestión de empleo (art. 8 Orden 2 de octubre de 2008).

regulará la elaboración de la relación de puestos de trabajo, que serán públicos y comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias conforme al artículo 74 del EBEP y lo someterá a la consideración del Consejo de Administración, sin menoscabo de la negociación que proceda con las organizaciones sindicales representativas del personal (art. 39 D. 96/2011). La relación de puestos de trabajo será aprobada por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la titular de la Consejería competente en materia de Administración Pública, a iniciativa de la presidencia de la Agencia y el catálogo de puestos de trabajo será aprobado por la presidencia (art. 38.2 D. 96/2011).

Si atendemos al régimen retributivo del personal de la Agencia SAE, los conceptos retributivos del personal funcionario serán los establecidos en la normativa aplicable en materia de función pública y sus cuantías serán determinadas conforme al artículo 74.3 de la LAJA. Por su parte, las condiciones retributivas del personal laboral serán las determinadas en el convenio colectivo de aplicación y sus cuantías se fijarán de acuerdo a lo dispuesto en el mismo precepto legal (art. 41 D. 96/2011).

En cuanto al personal directivo, su régimen jurídico será el previsto en el artículo 13 del EBEP y en la normativa que sobre esta materia dicte la Comunidad Autónoma de Andalucía y su designación, que atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, correspondiendo al personal directivo con condición de funcionario de carrera aquellos puestos que tengan asignadas tareas de dirección relacionadas con el ejercicio de potestades públicas(art. 42 D. 96/2011).

CAPÍTULO VII. LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ

1. Origen y proceso de reestructuración del sector público andaluz

En este apartado vamos a analizar el origen y los motivos que han llevado al legislador andaluz a esta profunda reestructuración del sector público andaluz, y las consecuencias que ha supuesto dicha reforma. Podríamos decir, que las nuevas circunstancias económicas y financieras tras la crisis económica, la necesidad de ahorrar gasto público y la preocupación sobre la supresión de empresas y fundaciones del sector público, con el consiguiente despido de su personal, junto a otras motivaciones estrictamente jurídicas, a las que ahora haremos alusión, han llevado al legislador autonómico a introducir esta gran reforma⁴³².

Para analizar los orígenes de la reforma del sector público, en primer lugar, debemos hacer mención a las entidades instrumentales de naturaleza privada que, en base a criterios de mayor agilidad, eficacia y eficiencia, han sido creadas en las últimas décadas por la Administración autonómica.

Fernández Ramos considera que mediante la creación de entidades instrumentales con forma jurídica privada, invocando el principio constitucional de eficacia, se ha tratado de eludir los procedimientos de control del gasto y de selección de contratistas y empleados y, en general, la aplicación de los procedimientos y garantías propias del Derecho Administrativo⁴³³; situación que ha cambiado con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del

⁴³² FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate*, Sevilla, Revista Andaluza de Administración Pública nº 80, 2011, pág. 23.

⁴³³ En este sentido se pronuncia el Magistrado Don Pedro José González-Trevijano Sánchez en el voto particular de la STC 236/2015, de 19 de noviembre (RTC/2015/236), al hacer mención a que “*la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía constituye la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa, y que se conoce con el nombre de huida del Derecho Administrativo, y que no es sino la creciente tendencia en todas las Administraciones públicas de recurrir de manera indiscriminada a órganos, procedimientos y técnicas de Derecho privado para el desarrollo de sus funciones, y que, alegando razones de pretendida eficacia en la actuación, pueden eludir de facto o de iure los controles y garantías propios del derecho administrativo*”.

Sector Público, (en adelante, LCSP), y la LAJA⁴³⁴.

En principio, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas⁴³⁵, incluyó dentro de su ámbito de aplicación a las entidades de derecho público⁴³⁶, dejando a las sociedades mercantiles del sector público sujetas únicamente a los principios genéricos de publicidad y concurrencia⁴³⁷, fáciles de esquivar y sin concretar su forma de cumplimiento⁴³⁸.

Más tarde, y en busca de un mayor sometimiento de estas entidades instrumentales a la legislación de contratos del sector público, el art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁴³⁹, modificó el apartado 1 del art. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio⁴⁴⁰, que quedó redactado de la siguiente forma: *“las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que además concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación de los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el valor Añadido, a 6.242.028 euros, si*

⁴³⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación del Sector Público, ... op. cit.*, pág. 23.

⁴³⁵ BOE 19 de mayo de 1995, núm. 119; rect. BOE 5 de julio de 1995, núm. 159.

⁴³⁶ Así lo establecía su artículo primero, al establecer que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a la presente Ley, entendiéndose por Administraciones Públicas, entre otras, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos: que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; o que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.

⁴³⁷ Y así lo enuncia la disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, al disponer que *“las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”*.

⁴³⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación del Sector Público, ...op. cit.*, pág. 24.

⁴³⁹ BOE 31 de diciembre de 2003, núm. 313.

⁴⁴⁰ BOE 21 de junio de 2000, núm. 148; rect. BOE 21 de septiembre de 2000, núm. 227.

se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

También debemos hacer referencia a la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, que establece en su art. 122 que *“las entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos para la preparación y adjudicación de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos iguale o supere la de las cifras fijadas en los arts. 135.1, 177.2 y 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/200, de 16 de junio”.*

Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁴⁴¹, (en adelante, TRLCSP), pasa a incluir dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público, quedando así reflejado en su art. 3.1 al disponer que, a efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital social, la participación directa o indirecta de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado, sea superior al cincuenta por ciento; y, b) las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

En la misma línea que la Ley 30/2007, el TRLCSP incluyó, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, a las mencionadas fundaciones y sociedades mercantiles del sector público, haciendo también referencia a las entidades públicas empresariales, a las Agencias Estatales y a cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo (art. 3.1).

⁴⁴¹ BOE 31 de octubre de 2007, núm. 261.

Por tanto, podemos deducir que las entidades instrumentales privadas de la Administración de la Junta de Andalucía han estado sometidas a las Leyes que han regulado los Contratos de las Administraciones Públicas y que, actualmente, deben respetar lo establecido en el TRLCSP.

Por otro lado, y en cuanto a la posibilidad del ejercicio de potestades públicas por parte de las entidades instrumentales privadas a las que estamos haciendo referencia, sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (en adelante, LOFAGE)⁴⁴², estableció en el apartado primero de su disposición adicional duodécima, que las sociedades mercantiles estatales en ningún caso podrán disponer del facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, y, en el mismo sentido, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones⁴⁴³, sancionaba que las fundaciones del sector público estatal tampoco podrán ejercer potestades públicas. También la Ley 10/2005, de Fundaciones de Andalucía⁴⁴⁴, (en adelante, LFA) en su art. 57, dispone que las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos⁴⁴⁵.

Incluso la LAJA hace mención a la imposibilidad, por parte de estos entes instrumentales privados, de ejercer potestades públicas. Así se desprende de la redacción del artículo 52.3 que señala *“las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz tienen personalidad jurídica privada, por lo que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad”*, y del art. 75.2 que insiste en que las sociedades mercantiles, en ningún caso, podrán ejercer potestades administrativas.

Por su parte, el TREBEP deja claro a quién corresponde el ejercicio de las potestades públicas al disponer en el apartado segundo del art. 9 que *“en todo caso, el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales*

⁴⁴² BOE 15 de abril de 1997, núm. 90.

⁴⁴³ BOE 27 de diciembre de 2002, núm. 310; rect. BOE 17 de abril de 2003, núm. 92.

⁴⁴⁴ BOE 17 de junio de 2005, núm. 117.

⁴⁴⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...op. cit., págs. 26 y ss.

del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Como podemos observar, el contenido del artículo 9.2 es extensible a las entidades instrumentales privadas que cuentan en su plantilla de manera exclusiva con personal laboral, de ahí que no puedan ejercer potestades públicas⁴⁴⁶.

Chamizo de la Rubia, ex Defensor del Pueblo Andaluz, en relación con lo previsto en el art. 2 de la LRJPAC, considera que el concepto de potestad administrativa es empleado por el legislador como elemento delimitador, al igual que sucede en la LAJA y en la LFPA. Manifiesta que por ejercicio de potestades administrativas debe entenderse cualquier actividad pública que sea desarrollada desde una posición de superioridad frente a los sujetos privados, debiendo incluir, por tanto, no sólo las clásicas potestades públicas (potestad sancionadora, recuperación de oficio, deslinde, potestad expropiatoria, ejecución forzosa, potestad tarifaria, etc.), sino también todas aquellas que traten de garantizar los servicios públicos cuya titularidad se reserve por Ley a la Administración⁴⁴⁷.

Por tanto, no resultaría ajustado a derecho que, a través de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, se realizasen actuaciones ocupando una posición de supremacía o superioridad frente a sujetos privados, ya sean personas físicas o jurídicas⁴⁴⁸.

Resulta de interés, en relación con las limitaciones de actuación de las entidades instrumentales privadas del sector público, hacer mención a ciertos pronunciamientos judiciales que han ido esclareciendo esta problemática.

Quesada Lumbreras destaca las declaraciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, efectuadas en la Sentencia de 25 de febrero de 2011 que declara la

⁴⁴⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación, ...op. cit.*, pág. 27.

⁴⁴⁷ CHAMIZO DE LA RUBIA, J., *Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*, dPA defensor del pueblo andaluz, noviembre de 2007, págs. 21 y ss.

⁴⁴⁸ CHAMIZO DE LA RUBIA, J., *Consideraciones del Defensor del Pueblo, ...op. cit.*, págs. 25 y ss.

nulidad de pleno derecho del Decreto 324/2009, de 8 de septiembre⁴⁴⁹, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria Andaluza, cuando afirma que, *“efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menos trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vía administrativa”*. Y añade, *“que la doctrina científica e instituciones como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma con la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contenciosa-administrativa, que tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración”*⁴⁵⁰.

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de mayo de 2009 (STSJ AND 7557/2009), que estima el recurso interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios y declara nula, por ser contraria al Ordenamiento Jurídico, la Orden de 4 de septiembre de 2008 por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo. El demandante funda su impugnación en que la encomienda de gestión contiene el ejercicio de potestades administrativas, y así lo deduce del contenido del art. 1 de la Orden impugnada que establece como objeto encomendar la gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía dimanantes de la convocatoria aprobada por Orden de la Consejería de Empleo de 27 de julio de 2007⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ BOJA 14 de septiembre de 2009, núm. 180.

⁴⁵⁰ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica núm. 317, septiembre-diciembre de 2011, pág. 144.

⁴⁵¹ STSJ de Andalucía de 25 de mayo de 2009 (STSJ AND 7552/2009), Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, FD primero.

El Fundamento de derecho Segundo hace mención a las tareas encomendadas por el art. sexto de la Orden impugnada, *“así la gestión material que se encomienda se concretará en las siguientes actividades: comprobación de las entregas de material detalladas por el solicitante, comprobación de los controles de seguimiento y pruebas que conlleve la enseñanza programada, verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante, verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea, comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado”*. En el Fundamento de Derecho Quinto, el Tribunal hace mención a que *“estas tareas no son tareas solo de ejecución material. La comprobación de la entrega de material para que sea realmente eficaz ha de comportar la exigencia de documentación a la entidad que organice las actividades a los fines de comprobar si es necesario o no el material utilizado o adquirido, y esa exigencia ha de concretarse en el ejercicio de una potestad indudablemente administrativa. Lo mismo cabe afirmar respecto a los controles de seguimiento, no puede tratarse esa tareas de un simple pasar lista para constatar presencias y ausencias, ese control, indefectiblemente comportará el ejercicio de potestades eventualmente sancionadoras en lo material retirando subvenciones o anulando la participación de personas. También la verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la comprobación del grado de realización del plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, aprobado y ejecutado, comportan igualmente el ejercicio de potestades administrativas, siendo sustancialmente necesario que esas tareas vayan acompañadas de unas potestades reales que hagan efectiva la comprobación y verificación realizadas”*.

Añade la Sentencia, que *“la anulación de actividades o de participantes solo pueden ser entendidas como ejercicio de potestades administrativas, y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos empleados públicos, es claro que se vulnera el art. 9.2 del EBEP⁴⁵²”*.

Por último, hace alusión a que *“la suficiencia o no del personal del Servicio*

⁴⁵² STSJ de Andalucía de 25 de mayo de 2009 (STSJ AND 7552/2009), Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, FD sexto.

*Andaluz de Empleo no puede ser motivo para encomendar una gestión si ello se hace a costa de sacrificar principios esenciales en esta institución*⁴⁵³”.

Comparto la declaración del párrafo anterior. La insuficiencia o falta de personal funcionario al servicio de cualquier organismo o entidad pública, cuando hayan de desarrollarse tareas que comporten el ejercicio de alguna potestad pública, no puede, ni debe servir de excusa para que su realización sea autorizada al personal laboral.

También, en esta misma línea, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de abril de 2011 (STSJ AND 917/2011), que estima el recurso interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios contra la Orden de la Consejería de Cultura, de 16 de marzo de 2010, que establecía las bases reguladoras de la convocatoria de concesión de subvenciones por la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, en el año 2010, para proyectos de investigación sobre la lectura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Para el Sindicato Andaluz de Funcionarios, la delegación de la Consejería de Cultura a favor de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, que tras la aprobación del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, pasa a ser una Agencia Pública Empresarial, vulnera la LAJA y el EBEP, normas de rango legal, considerando, por tanto, esta delegación nula de pleno derecho⁴⁵⁴.

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, hace mención a que “*la Orden que delega la potestad de otorgar subvenciones en uno de los ámbitos de competencias de la Consejería a favor de una Agencia Pública Empresarial es contraria de las previsiones de la LAJA*”, añadiendo que, las subvenciones son una medida de la actividad administrativa de fomento, requiriendo su ejercicio de potestades administrativas para tramitar y resolver el procedimiento y, en su caso, imponer sanciones y obtener el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

⁴⁵³ STSJ de Andalucía de 25 de mayo de 2009 (STSJ AND 7552/2009), Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, FD sexto.

⁴⁵⁴ El art. 62.2 de la LRJPAC establecía, al igual que lo hace el art. 47.2 LPAC, que “*también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”.

Es innegable la competencia de la Consejería para otorgar subvenciones, pero no podía ser delegada en la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales mediante una Orden que delega la concesión de subvenciones sin motivación y en contra de los Estatutos, que no contemplan que la Agencia tenga atribuida la función de conceder subvenciones ni ejercer potestades administrativas, debiéndose concluir la nulidad de la Orden por vulnerar normas de rango superior.

Por otro lado, y en cuanto al personal al servicio de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, la Sentencia declara que no es personal funcionario según sus Estatutos y que se rige por el derecho laboral, incluido el Director Gerente. Sin embargo, la Orden impugnada atribuye a éste personal laboral la tramitación y resolución de los procedimientos de subvenciones regulados por el derecho administrativo, procedimientos que requieren el ejercicio de potestades públicas, contraviniendo el art. 69.2 y 3 de la LAJA, y también el art. 9.2 del EBEP, declarando de nuevo la nulidad de la Orden por vulnerar normas de rango superior⁴⁵⁵.

De lo expresado en párrafos anteriores, se deduce que las entidades jurídico privadas del sector público andaluz no disponen de libertad para contratar, sino que están sujetas a las reglas de publicidad y concurrencia impuestas por el Derecho Comunitario, y que no pueden asumir potestades administrativas ni ser receptoras de estas a través de encomiendas de gestión o encargos de ejecución procedentes de la Administración matriz. Por tanto, están sujetas en buena parte a las facultades del Derecho Público sin poder, en cambio, ejercer potestades públicas, por lo que este tipo de entidades jurídico privadas ha ido perdiendo interés para los gestores públicos y, desde luego, no pueden asumir en su globalidad la actividad propia de la Administración de una Comunidad Autónoma; de ahí que los gestores públicos se hayan conducido hacia un proceso de agencialización pública para reabsorber las entidades jurídico privadas que se han ido creando e integrar sus medios, personales y materiales, en unas entidades jurídico públicas, como son las Agencias⁴⁵⁶, a las que

⁴⁵⁵ STSJ de Andalucía de 7 de abril de 2011 (STSJ AND 917/2011), Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, FD cuarto.

⁴⁵⁶ El art. 55 de la LAJA dispone que “*dentro de la esfera de sus competencias, corresponden a las agencias las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos*

también se traspasará buena parte de los efectivos de las Consejerías⁴⁵⁷.

2. La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo

El proceso de reestructuración del sector público andaluz se inicia con la aprobación del Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público⁴⁵⁸ y del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 27 de julio de 2010, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía⁴⁵⁹.

La exposición de motivos del Decreto Ley 5/2010 hace mención a que las circunstancias económicas hicieron conveniente un proceso de reordenación con la finalidad de acomodarlo al nuevo escenario de las finanzas públicas y que este proceso se inicia para dar respuesta al Acuerdo Marco 1/2010 con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010⁴⁶⁰, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013⁴⁶¹, que fue modificado por el Acuerdo

previstos en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria”.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación, ...op. cit.*, pág. 38 y ss.

⁴⁵⁸ BOJA 28 de julio de 2010, núm. 147.

⁴⁵⁹ BOJA 28 de julio de 2010, núm. 147.

⁴⁶⁰ En este Acuerdo marco para la sostenibilidad de las finanzas públicas autonómicas y locales, aprobado el 22 de marzo de 2010 por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, se plasmaron una serie de compromisos presupuestarios con el objetivo de avanzar en el ajuste estructural del conjunto de las Administraciones Públicas. Entre los acuerdos adoptados, las Comunidades Autónomas se comprometieron a elaborar, en el plazo de tres meses, planes de racionalización y eficiencia del gasto público, poniendo en marcha las distintas Comunidades planes de reordenación referentes a medidas de supresión, transformación o creación de entes. Según el Inventario de entes integrantes de las Comunidades Autónomas actualizado a día uno de diciembre de 2011, a día uno de julio de 2010 la Comunidad Autónoma de Andalucía disponía de 377 entes (el 40,1% eran consorcios, un 27,3% sociedades mercantiles, un 20,4% fundaciones y otras instituciones sin fin de lucro, y el resto, un 12,2%, engloba Entes Públicos, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y otros Entes dependientes de la Comunidad), superando con creces el número de entes del resto de Comunidades, a excepción de Cataluña que contaba con 456 entes, (Aragón 109, Principado de Asturias 81, Islas Baleares 176, Canarias 97, Cantabria 68, Castilla y León 93, Castilla-La Mancha 86, Extremadura 76, Galicia 160, Comunidad de Madrid 183, Región de Murcia 103, Comunidad Foral de Navarra 101, La Rioja 33, Comunidad Valenciana 160). “Informe Sobre la Reordenación del Sector Público Autonómico, situación a 1 de julio de 2011”, Dirección General de Coordinación Financiera con las CC.AA y con las EE.LL, Ministerio de Economía y Hacienda, págs. 1 y ss.

⁴⁶¹ La evolución de las cuentas públicas en España refleja el impacto de la crisis económica y de las medidas adoptadas para responder a ésta. Como consecuencia del deterioro de las finanzas públicas, la

14/2010, de 15 de junio, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, asumiéndose por parte de las Comunidades Autónomas llevar a cabo una política racionalizadora del gasto público.

También hace alusión a que con esta reordenación del sector público no sólo se pretende una mayor racionalización del gasto, sino que además se busca incrementar la eficiencia en la prestación de servicios a los ciudadanos y ciudadanas de Andalucía. Persigue, así mismo, que el sector público se convierta en un agente económico ágil y cercano a la ciudadanía y al tejido productivo, incidiendo en la estricta reordenación de las estructuras, optimizando las nuevas formas organizativas, pero asentando el empleo público.

Este Decreto Ley modifica la LAJA, particularmente los preceptos destinados a regular las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, y contempla supuestos de creación, modificación y extinción de agencias, a partir de entidades instrumentales públicas o privadas, que ya existían, constituyendo la mayor reforma de la Administración de la Junta de Andalucía desde que fue creada.

En el mismo sentido, el citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 27 de julio de 2010, hace mención en su Anexo a que una de las líneas en que se articulara el plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía tratará sobre la reducción del número de entidades instrumentales, que perseguirá la creación de estructuras homogéneas que permitan cumplir mejor los objetivos del Gobierno, sin perjudicar el nivel de prestación de los servicios públicos de la Junta de Andalucía, siendo necesario e indispensable para ello la defensa del empleo público. Este proceso de reducción del número de entes instrumentales englobará actuaciones de integración, fusión, absorción y extinción de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, adaptándose la naturaleza y personalidad jurídica de las agencias públicas, organismos autónomos y entidades de derecho público a que hace referencia el art. 6.1 b) de la Ley General de la Hacienda Pública

Unión Europea abrió a España un procedimiento de déficit excesivo, estableciendo unos objetivos a alcanzar tanto a nivel estatal como para las Comunidades. La Junta de Andalucía, en coordinación con el Gobierno de España, apoyó la aprobación, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 15 de junio de 2010, de este Acuerdo Marco, por el que se fija una rebaja del déficit de las Comunidades Autónomas desde el 2 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) al 1,1 en 2013.

de la Comunidad Autónoma de Andalucía a las categorías establecidas en la LAJA.

En este proceso de creación, integración, absorción y extinción de entidades instrumentales, el Decreto Ley 5/2010 adopta medidas de organización en el Sistema Andaluz del Conocimiento, en el sector de la obra pública, en materia de empleo, en el sector sanitario, en el sector agrario y pesquero, en el sector de los servicios sociales, en materia de cultura y en relación con el medio ambiente y el agua.

Concretamente, el proceso al que hacemos mención, en una primera fase afectó a las siguientes entidades: Absorción por la Agencia Andaluza del Conocimiento, que fue creada por el Decreto Ley 5/2010 como agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1 b) de la LAJA, de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, TALENTIA y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, Citaandalucía; absorción por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía de FAGIA, Fomento, Asistencia y Gestión Integral de Andalucía; transformación de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía en la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía⁴⁶², con absorción de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A; creación de Red Logística de Andalucía S.A, por fusión del Centro de Transportes de Mercancías de Sevilla, S.A, Zona de Actividades Logísticas de Algeciras, S.A, Centro de Transportes de Málaga y Parque Logístico de Córdoba, S.A; Transformación de la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol en la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, quedando adscrita a la misma la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir⁴⁶³; extinción de la Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur, por absorción en la Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba; extinción de la Fundación Hospital Clínico, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental “Alejandro Otero” (FIBAO); Transformación de la Fundación Reina Mercedes, por absorción de la Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI); Extinción de la

⁴⁶² Adoptará esta denominación desde la entrada en vigor del Decreto Ley 5/2010 y la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1. b) de la LAJA.

⁴⁶³ Dichas entidades adoptarán la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1.b) de la LAJA.

Fundación Valme, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI); Absorción por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía⁴⁶⁴ de la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A; supresión del Instituto Andaluza de Reforma Agraria⁴⁶⁵; extinción de las Cámaras Agrarias de Andalucía; creación de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A, por fusión de Turismo Andaluz, S.A y Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A; absorción por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía⁴⁶⁶ de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación para la Atención a las Drogodependencias en Incorporación Social; absorción por la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras⁴⁶⁷; creación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía⁴⁶⁸ por absorción de la Agencia Andaluza del Agua y de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A; extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico; transformación del Servicio Andaluz de Empleo con absorción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo⁴⁶⁹.

Por su parte, y en cuanto a las medidas de organización en materia de empleo, el art. 8 del citado Decreto Ley estableció que el Servicio Andaluz de Empleo adoptaría la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54.2.c) de la LAJA, a partir de su entrada en vigor y que se regiría por lo dispuesto en este Decreto Ley, por la LAJA, por la LSAE y por sus Estatutos y por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y restante normativa de aplicación. Y en cuanto a su personal, que mantendría el carácter de personal laboral o funcionario que ostentase en aquel momento.

⁴⁶⁴ Creación por Decreto Ley 5/2010 como agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54.2 c) de la LAJA.

⁴⁶⁵ (IARA) organismo autónomo creado por Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria (BOJA núm. 65 de 6 de julio).

⁴⁶⁶ Creada por Decreto Ley 5/2010 como agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1.b) de la LAJA.

⁴⁶⁷ Creada por Decreto Ley 5/2010 como agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1.b) de la LAJA.

⁴⁶⁸ Creada por Decreto Ley 5/2010 como agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1.b) de la LAJA.

⁴⁶⁹ Anexo del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía.

El apartado quinto de este artículo dispuso que el Servicio Andaluz de Empleo quedaría subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que era titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, desde la fecha en que se acordase su disolución. Y el apartado sexto, que el proceso de adaptación de los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo se tramitaría simultáneamente a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo.

Mediante Resolución de 29 de julio de 2010, de la Presidencia del Parlamento, se ordenó la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio⁴⁷⁰.

La aprobación de este Decreto Ley provocó un gran descontento en la mayoría de los empleados públicos de la Administración autonómica y, también, de otras Administraciones⁴⁷¹, dando lugar a una sorprendente respuesta por gran parte de los sectores de empleados públicos de la Administración autonómica mediante protestas y manifestaciones sin precedentes en el ámbito autonómico, que meses antes eran impensables, en contra de la aprobación del Decreto Ley y pidiendo su inmediata derogación.

El Decreto Ley 5/2010 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por Diputados del Grupo Parlamentario en el Congreso de los Diputados⁴⁷².

Ante esta situación de protestas y manifestaciones, el 29 de octubre de 2010, se reunieron en el edificio de la Junta de Andalucía Torre Triana en Sevilla, Doña

⁴⁷⁰ BOJA 6 de agosto de 2010, núm. 154.

⁴⁷¹ Entre otros, el apartado nueve del art. primero del citado Decreto Ley 5/2010, que modificaba el art. 69 de la LAJA, al establecer en su último párrafo que *“las agencias públicas empresariales pudieran llevar a cabo a través de su personal, cualquiera que fuese su forma de vinculación, de forma directa, funciones complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas, entre otras las de autotutela y recuperación del dominio público, sancionadora, expropiatoria, de fe pública y de todas aquellas reservadas a personal funcionario”*, supuso una gran provocación a los empleados públicos, sobre todo a los funcionarios públicos, al permitirse, con esta regulación normativa, que el personal laboral pudiera desarrollar potestades públicas que corresponden en exclusiva al personal funcionario.

⁴⁷² Recurso de inconstitucionalidad 7686-2010, admitido a trámite por el pleno del TC, por providencia de 23 de noviembre de 2010 (BOE 7 de diciembre de 2010 núm. 297), contra la disposición adicional cuarta y los artículos 1, apartados 9 y 12, 3 a 12, 18, 19 y 22 a 24 del Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio. Este recurso ya ha sido resuelto mediante STC 230/2015, de 5 de noviembre (BOE 11 de diciembre de 2015, núm. 296), y tendremos la ocasión de comentarla más adelante a lo largo de este trabajo.

Carmen Martínez Aguayo, Consejera de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía en esa fecha y los entonces Secretarios Generales de la Unión General de Trabajadores de Andalucía y de Comisiones Obreras de Andalucía Don Manuel Pastrana Casado y Don Francisco Carbonero Cantador, para pactar algunas modificaciones sobre el Decreto Ley 5/2010⁴⁷³. El acuerdo alcanzado fue ratificado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía en su reunión de 18 de noviembre de 2010, y fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno el día 7 de diciembre de 2010⁴⁷⁴. Debemos hacer mención, de que el texto aprobado no fue objeto de negociación ni en la Mesa Sectorial de Administración General, ni en la de Educación, ni en la de Sanidad⁴⁷⁵.

Posteriormente, estos acuerdos fueron introducidos en el Decreto Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio de 2010, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público⁴⁷⁶, optando este Decreto Ley por la reproducción del Decreto Ley 5/2010, de 27 de julio e integrando las modificaciones procedentes del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía, pretendiendo lograr, de esta forma, una

⁴⁷³ El día 29 de octubre de 2010, en el edificio Torre Triana de la Junta de Andalucía se produjo una gran protesta por empleados públicos de la Junta de Andalucía contrarios a la aprobación del Decreto Ley 5/2010 y a la firma de cualquier acuerdo sin la presencia del resto de sindicatos que formaban parte de las mesas sectoriales de negociación.

Estas protestas no tardaron en aparecer en los medios de comunicación. Ese mismo día es publicado por Don Francisco Robles, en el diario ABC de Sevilla, el artículo “La revuelta de los Funcionarios”.

⁴⁷⁴ Acuerdo de 7 de diciembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Acuerdos adoptados por la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía en su reunión de 18 de noviembre de 2010, en materia de Reordenación del Sector Público (BOJA núm. 5 de 27 de diciembre de 2010).

Entre otros, persigue la supresión del último párrafo del art. 69.3 de la LAJA, que fue introducido por el art. 1 apartado nueve del Decreto Ley 5/2010, que permitía la realización de potestades públicas por el personal de las agencias públicas empresariales cualquiera que fuera su forma de vinculación. También pretende introducir modificaciones que permitan una mayor garantía en los derechos del personal funcionario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, reforzando la voluntariedad del proceso de integración y garantizando la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario y la aplicación del Convenio Colectivo de la Administración de la Junta de Andalucía al personal laboral de dicha Administración hasta que exista un nuevo convenio colectivo, manteniéndose la condición de personal funcionario o laboral, con independencia de su integración en alguna de las agencias. Asimismo, intenta reforzar la garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para el acceso a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

⁴⁷⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*, ...op. cit., pág. 16 y ss.

⁴⁷⁶ BOJA 26 de noviembre de 2010, núm. 232.

mejor comprensión de las medidas adoptadas así como facilitar su aplicación, dando preponderancia a su carácter didáctico sobre la mayor extensión del mismo⁴⁷⁷.

Sin embargo, la introducción de estas modificaciones y la aprobación del Decreto Ley 6/2010, no calmó las protestas de los empleados públicos, encontrando también la oposición del resto de centrales sindicales que no pactaron el acuerdo, que eran Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante, CSI-CSIF), Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía y Unión de Sindicatos de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía (en adelante, USTEA), así como de plataformas⁴⁷⁸ y asociaciones creadas por los empleados públicos⁴⁷⁹.

La reestructuración se plasma con la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía⁴⁸⁰, actualmente en vigor, apodada como la Ley del enchufismo⁴⁸¹, que supuso la conversión del Decreto Ley 6/2010, de 23 de noviembre en Ley y que optó por mantener la redacción literal de la referida disposición.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la LAJA crea las agencias administrativas, las agencias públicas empresariales y las agencias de régimen especial, que son Administración Pública a diferencia de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, y que, junto a estas, van a constituir el extenso aparato burocrático de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía⁴⁸².

Para continuar con el análisis de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, en primer lugar, vamos hacer mención a determinados artículos de la LAJA que la Ley 1/2011

⁴⁷⁷ Exposición de Motivos del Decreto Ley 6/2010, de 23 de noviembre.

⁴⁷⁸ Entre otras, destacar las plataformas Defiendo mi derecho y la Gestión Pública (defiendomiderecho.blogspot.com.es) y la Plataforma de Empleados Públicos de Andalucía (www.pepandalucia.es) y la Asociación Al Andaluz de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía (<http://empleadospublicosjacordoba.blogspot.com.es/>).

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación, ...op. cit.*, pág. 17.

⁴⁸⁰ BOJA 21 de febrero de 2011, núm. 36.

⁴⁸¹ El régimen de integración directa del personal laboral que mantenía una relación laboral en los entes que de alguna manera fueron absorbidos por las nuevas agencias que habían sido creadas, dio lugar a la opinión de ciertos sectores de empleados públicos, plataformas, asociaciones, sindicatos, ..., de que esta integración no respetaba los principios básicos de acceso a la función pública de igualdad, mérito y capacidad, y de ahí el apodo como Ley del enchufismo.

⁴⁸² QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones, ...op. cit.*, pág. 147.

pasó a modificar.

El art. 1.2 Ocho de la citada Ley 1/2011 modifica el art. 68 de la LAJA estableciendo que *“las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de éstas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos: a) aquellas que tienen por objetivo principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación; b) aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado”*.

Como podemos observar, por una parte se modifica la noción de agencias públicas empresariales, ampliándose los fines de estas a la ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, hasta ese momento, fines propios de las agencias administrativas y de régimen especial⁴⁸³, y, por otro, pasa a diferenciar dos modalidades de agencia pública empresarial. El primer tipo de agencias se rige, con carácter general, por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. El segundo tipo se rige por el Derecho Administrativo en las cuestiones que establece la excepción del primer tipo de agencias, para el resto de aspectos, se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado⁴⁸⁴, según su particular gestión empresarial

⁴⁸³ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación, ...op. cit.*, pág. 17.

⁴⁸⁴ Para Quesada Lumbreras, la Ley 1/2011 no inspira claridad y certidumbre jurídica de la lectura de sus preceptos, en especial para aclararnos en qué casos se aplica el Derecho Administrativo y en

así lo requiera⁴⁸⁵.

Para Fernández Ramos, esta segunda modalidad (art. 68.1 b) es la que justifica la ampliación del concepto de agencia pública empresarial, cuyos fines se solapan con los de las agencias administrativas y de régimen especial, considerando que, en la asignación a las agencias públicas empresariales del art. 68.1 b) de la ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, es donde está claramente el designio de esta reordenación: “llevar la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a las agencias, pero no a cualquier agencia, sino a las agencias públicas empresariales del art. 68.1 b)”⁴⁸⁶.

También considera que no es legítimo atribuir las competencias ordinarias de las Consejerías de la Administración General de la Junta de Andalucía a Agencias Empresariales, ya que las agencias públicas empresariales del art. 68.1 b) van a cumplir funciones propias de Administraciones Públicas, como se deduce de la redacción del art. 62 de la LAJA, que en su apartado primero establece que su régimen de contratación será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público, mientras que las agencias públicas empresariales del art. 68.1 a) se regirán por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administraciones Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores⁴⁸⁷, y que estas agencias, que por tanto forman parte del núcleo del sector público administrativo, suponen una arbitrariedad del legislador autonómico, pues sus fines coinciden con los de las agencias administrativas y de régimen especial, y su única razón de ser no es otra que eludir el estatuto funcionarial⁴⁸⁸.

Con respecto al ejercicio de actividades administrativas por las agencias públicas empresariales, debemos resaltar que el legislador andaluz ha actuado de forma diferente cuando ha legislado con respecto a las Entidades Locales de Andalucía que cuando lo ha hecho con la Administración de la Junta de Andalucía. Y así se deduce,

cuáles otros se aplica el Derecho Privado. En QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones*,...*op. cit.*, pág. 148.

⁴⁸⁵ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones*,...*op. cit.*, pág. 148.

⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...*op. cit.*, pág. 50.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...*op. cit.*, pág. 52.

⁴⁸⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...*op. cit.*, pág. 79.

de la redacción del apartado primero del art. 35 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía⁴⁸⁹, que declara que “*las entidades locales no podrán crear agencias públicas empresariales para el ejercicio de actividades administrativas*”. No resulta apropiado que el legislador autonómico dentro del mismo ordenamiento jurídico, convierta la forma de agencia pública empresarial en el molde para la gestión ordinaria de las actividades administrativas de la Comunidad Autónoma andaluza⁴⁹⁰.

La Ley 1/2011 modificó también el art. 71. de la LAJA al establecer que “*las agencias de régimen especial son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en el art. 65.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico*”. En su apartado segundo no se remite al Derecho Privado, cómo hacía en la versión anterior de este artículo, sino que declara que las agencias de régimen especial se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera.

3. La constitucionalidad de la reordenación efectuada por la Ley 1/2011, de 17 de febrero: la STC 236/2015, de 19 de noviembre

Para el estudio de la reestructuración del sector público andaluz considero necesario que llevemos a cabo un breve análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 236/2015, de 19 de noviembre⁴⁹¹, que resolvió Recurso de Inconstitucionalidad nº 2733-2011 promovido por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público en Andalucía⁴⁹².

En primer lugar, la impugnación de los diputados recurrentes se va a dirigir contra el vaciamiento de funciones que con la aprobación de la citada Ley sufren los

⁴⁸⁹ BOJA 23 de junio de 2010, núm. 122.

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...op. cit., pág. 53.

⁴⁹¹ BOE 30 de diciembre de 2015, núm. 312.

⁴⁹² Fue admitido a trámite por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional el día 7 de junio de 2011 (BOJA 16 de junio de 2011, núm. 143).

servicios centrales y periféricos de la Administración Andaluza⁴⁹³. Para ello, invocan el art. 132.2 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por el que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía⁴⁹⁴, (en adelante, EAA), que dispone que “*la Administración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos*”, para declarar que la intención de este artículo, no es otra, que la de obligar a la Comunidad Autónoma a que la gestión ordinaria de las actividades de la Administración de la Junta de Andalucía se desarrolle, huyendo del derecho administrativo, a través de agencias, sociedades mercantiles, fundaciones, etc., siendo posible una gestión fuera de lo común cuando esté motivada por circunstancias extraordinarias.

Consideran que la apuesta de la Ley 1/2011 por una gestión al margen de los servicios centrales y periféricos es completa y general, y contraria al art. 133.2 del Estatuto de Autonomía y que la finalidad real de esta Ley es realizar los cambios normativos oportunos para poder desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde la llamada Administración paralela⁴⁹⁵, instaurando de manera genérica un modelo de gestión administrativa que aproveche las ventajas del sometimiento al derecho privado propio de las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas y los beneficios de las potestades y prerrogativas del derecho público, convirtiendo a éste modelo en el modelo de gestión ordinaria de las actividades de la Administración.

Por su parte, la STC 236/2015, de 19 de noviembre, en su Fundamento Jurídico Tercero, no comparte que los recurrentes atribuyan al art. 133.2 del EAA una reserva de funciones administrativas que deban ser atendidas de manera obligatoria mediante

⁴⁹³ El art. 16. 3 de la LAJA establece que “*son órganos directivos centrales la Viceconsejería, Secretaría General, Secretaría General Técnica y Dirección general. Son órganos directivos periféricos la delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, la Delegación provincial de la Consejería y, en su caso, la Delegación territorial*”.

⁴⁹⁴ BOJA 20 de marzo de 2001, núm. 56.

⁴⁹⁵ En este sentido, se pronuncia el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre, al considerar “*que se abre una posibilidad cierta de transferencia de la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a las denominadas agencias públicas empresariales, mediante el diseño de un sistema administrativo que viene a conceder preferencia a entidades que, aún bajo formas de personificación pública, actúan fundamentalmente en régimen de derecho privado y con personal sometido a derecho laboral*”.

los servicios centrales y periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía, pues ello implicaría la imposibilidad de trasladarlas a entidades, de derecho público o privado, vinculadas o controladas por la Administración.

Esta Sentencia realiza una lectura del art. 137.2 del EAA desde la redacción de su precedente normativo, declarando que *“es claro que este precepto estatutario se dirige a eliminar la limitación impuesta por el art. 4.4 de la derogada Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía⁴⁹⁶”,* que establecía que *“en los términos de una Ley del Parlamento Andaluz y en el marco de la legislación del Estado, la Comunidad Autónoma articularia la gestión ordinaria de sus servicios periféricos propios a través de las diputaciones provinciales”*, lo que condicionaba el establecimiento de una estructura administrativa periférica en la Administración de la Junta de Andalucía. Además, extrae de la lectura de los arts. 133.2, 133.3 y 158 del Estatuto de Autonomía⁴⁹⁷, que el *“EAA parte de una concepción amplia de Administración autonómica de la que forman parte tanto la Administración territorial autonómica –que el Estatuto denomina Administración de la Junta de Andalucía- como los entes instrumentales creados por la Comunidad Autónoma para ejercer funciones de su competencia”*.

Por tanto, declara que el art. 133.2 constituye una norma de organización interna que autoriza a la Administración de la Junta de Andalucía a dotarse de una estructura periférica propia y que no puede interpretarse como una disposición que establezca límites a la creación de entidades instrumentales o a la atribución de funciones a dichas entidades... *“nada se dice sobre la naturaleza o quantum de funciones cuya realización tenga que reservarse la Administración de la Junta de Andalucía y no pueda encomendar a los entes instrumentales creados por la Comunidad”*.

Por otro lado, los diputados recurrentes impugnaron la redacción que el art. 1.2 nueve de la Ley 1/2011, de 17 de febrero dio al art. 69 de la LAJA (Régimen jurídico

⁴⁹⁶ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J 3º. La Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (BOJA de 1 de febrero de 1982, núm. 2), fue derogada por la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

⁴⁹⁷ El art. 133 dispone que *“todos los órganos encargados de la prestación de servicios o de la gestión de competencias y atribuciones de la Comunidad Autónoma dependen de ésta y se integran en su Administración”*. Por su parte, el art. 158 del EAA establece que *la Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia*

y ejercicio de potestades administrativas)⁴⁹⁸. Manifiestan que esta redacción choca con lo dispuesto por el art. 9.2 del EBEP, que dispone que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*, precepto que mantiene el mismo contenido en el art. 9.2 del TREBEP, Ley básica estatal dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado contemplada en el art. 149.1.18º de la Constitución.

Hacen alusión a que la Ley 1/2011, al modificar la LAJA, persigue encomendar potestades públicas a entes instrumentales, cuyo personal está sometido íntegramente al derecho laboral, para que bajo su dirección se ejerzan toda clase de funciones que impliquen la participación en el ejercicio de potestades públicas, a través de personal propio de la entidad instrumental o a través de funcionarios pertenecientes a la Consejería, pero residenciando el control del ejercicio de la potestad pública en la entidad instrumental. Les resulta también contradictorio que el art. 9.2 del EBEP configure como obligación que las funciones que impliquen participación en el ejercicio de potestades públicas, sean ejercidas exclusivamente por personal funcionario, y que el párrafo primero del art. 69.2 de la LAJA, lo configure como una posibilidad “podrán llevarlas a cabo”, no excluye su ejercicio por otro tipo de personal que no sea funcionario, lo que es contrario a la reserva del art. 9.2 del EBEP.

En el mismo sentido, consideran que lo que está reservado a los funcionarios no es el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales, sino el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de esas potestades y la salvaguarda de tales intereses, es decir, el control no sólo del resultado final sino de todo el proceso, que quedaría desvirtuado si tareas condicionantes de la decisión resolutoria de los procedimientos administrativos fueran ejercidas por personal que no ofrece las garantías que justifican la posición de

⁴⁹⁸ Motivo de inconstitucionalidad tercero del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

superioridad de la Administración frente a los administrados (art. 103.1 CE)⁴⁹⁹, que sólo aquellas entidades de derecho público que cuenten con personal funcionario podrán tener atribuidas potestades administrativas, porque de lo contrario resultaría imposible sujetar su actuación a la Ley de procedimiento administrativo con todas las garantías que conlleva para los administrados y porque cualquier actividad que conduzca al ejercicio de dichas potestades ha de ser ejercida exclusivamente por funcionarios públicos.

También hacen mención, a que en relación con la habilitación que otorga el art. 9 del EBEP a la Ley de desarrollo de cada Administración Pública, ésta podrá regular en qué términos, cómo, de qué forma, les corresponde a los funcionarios ejercitar las funciones que tienen reservadas, pero no qué funciones les corresponden en exclusiva ejercitar, pues han de ser siempre las que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales: éstas en exclusivas, pero no exclusivamente éstas⁵⁰⁰, entendiéndose que esta Ley no debe ser la Ley reguladora de la Administración autonómica, sino que se trata de la Ley reguladora de la función pública autonómica⁵⁰¹, que será la procedente para desarrollar el EBEP y que actualmente sigue siendo la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía⁵⁰², considerando de este modo cualquier desarrollo del art. 9.2 del EBEP por la LAJA inconstitucional por contravenir este precepto básico⁵⁰³.

Dentro de esta causa de impugnación, es necesario mencionar que, desde la aprobación del EBEP, no todas las Comunidades Autónomas han actualizado y

⁴⁹⁹ Motivo de inconstitucionalidad tercero del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

⁵⁰⁰ Cómo señala la STC 99/1987, de 11 de junio (RTC/1987/99) en su F.J tercero “*se desprende de la opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario*”.

⁵⁰¹ En este sentido, el art 11.2 del Texto Refundido de la Ley del EBEP hace mención a que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso los establecido en el art. 9.2 del EBEP.

⁵⁰² BOJA 28 de noviembre de 1985, núm. 112, rect. BOJA 21 de diciembre de 1985, núm. 122.

⁵⁰³ Motivo de inconstitucionalidad tercero del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

desarrollado sus respectivas leyes en materia de función pública. Por tanto, resulta conveniente hacer alusión a determinados aspectos de algunas de ellas.

Efectivamente, las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP incluyen dentro de su ámbito de aplicación a entidades de derecho público vinculadas o dependientes de sus respectivas Administraciones Públicas.

En relación a las funciones que deben corresponder al personal funcionario o al laboral, ente otras, debemos traer a colación la novedosa Ley 2/2015, de 29 de abril de Empleo Público de Galicia⁵⁰⁴, que dispone en el apartado primero de su art. 22, destinado a las funciones y puestos de trabajo reservados al personal funcionario, que *“corresponde exclusivamente al personal funcionario el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales de las Administraciones Públicas”*. Hay que destacar igualmente su apartado segundo, en el que lleva a cabo una reserva de puestos de trabajo para los funcionarios, entre los que se encuentran: a) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal (funciones de policía administrativa); b) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de inspección, fiscalización o control (y en particular los que impliquen tareas de fiscalización interna y control de la gestión económico-financiera y presupuestaria); c) Aquellos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de contabilidad y tesorería; d) Los que tengan atribuidas competencias para dictar actos de incoación, instrucción o resolución de los procedimientos administrativos; e) Aquellos que tengan atribuidas funciones de inscripción, anotación y cancelación de datos en los registros administrativos, estableciendo en su apartado tercero que los demás puestos de trabajo en las Administraciones Públicas serán desempeñados con carácter general por personal funcionario⁵⁰⁵, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 26.3 que, de forma muy parecida al art. 15.1 c) de la LMRFP, hace mención a los puestos de trabajo que

⁵⁰⁴ BOE 23 de abril de 2015, núm. 97.

⁵⁰⁵ El art. 26. 3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, declara que en ningún caso pueden ser desempeñados por personal laboral los puestos de trabajo que estén reservados a personal funcionario en virtud de lo previsto en el apartado segundo del art. 22 de esta Ley.

podrán ser desempeñados por el personal laboral, entre los que se encuentran: e1) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; e2) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios; e3) Los que correspondan a áreas de actividad que requieran conocimientos técnico especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e4) Los puestos de trabajo de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones y artes gráfica, así como los de las áreas de expresión gráfica.

De la misma manera, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana⁵⁰⁶, en su art. 15.3 hace mención a que, con carácter exclusivo, el personal funcionario de carrera desempeñará las funciones que impliquen la participación en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, estableciendo en su art. 37 que, con carácter general, los puestos de trabajo se clasificarán de naturaleza funcionarial , y, en su art. 38, que sólo podrán ser clasificados como puestos de personal laboral aquellos que impliquen el ejercicio de un oficio concreto.

Por su parte, la Ley 4/2011, de 10 de marzo del Empleo Público de Castilla-La Mancha⁵⁰⁷, en el apartado segundo de su art. 6 pasa a enumerar cuales son aquellas funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales y que corresponden en exclusiva al personal funcionario, y, en el apartado tercero del art. 11, relaciona una serie de empleos que únicamente podrá realizar el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes que se rijan por el Derecho administrativo, que son muy similares a los enumerados por el art. 15. 1 c de la LMRFP⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190.

⁵⁰⁷ BOE 2 de mayo de 2011, núm. 104.

⁵⁰⁸ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones, ...op. cit*, pág. 167 y ss.

De igual forma, la Ley 13/2015, de 8 abril, de la Función Pública de Extremadura⁵⁰⁹, enumera y reserva una serie de funciones al personal funcionario que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales (art. 14.2)⁵¹⁰, reservando al personal laboral, en el apartado sexto del art. 18, una serie de empleos en la línea mantenida por el citado art. 15 de la LMRFP.

Por su parte, y en respuesta a la impugnación por parte de los recurrentes de la vulneración del art. 9.2 del EBEP provocada por el apartado tercero del art. 69 de la LAJA, el Tribunal Constitucional en el F.J 5º de la Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre declara *“que el precepto autonómico no altera la reserva al personal funcionario de las funciones relacionadas con el ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales que establece la norma básica estatal”*.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional hace mención a que el art. 9.2 del EBEP se limita a reservar al personal funcionario el ejercicio de determinadas funciones, que se delimitan mediante cláusulas generales *“funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas”*-, y atribuye a las leyes autonómicas de desarrollo de cada Administración Pública la fijación de los términos en los que se lleve a cabo ese ejercicio, *“entendiendo que ese desarrollo legislativo puede incluir tanto la precisión de funciones concretas que deberán corresponder en exclusiva al personal funcionario como la determinación de las modalidades según las cuales los funcionarios puedan desarrollar las referidas funciones”*. Descarta la existencia de vulneración alegada, ya que el precepto impugnado se limita a prever que, en el caso de que las agencias públicas empresariales realicen funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente al personal funcionario, esas funciones las podrá llevar a cabo, bajo la dirección

⁵⁰⁹ BOE 6 de mayo de 2015, núm. 108.

⁵¹⁰ El art. 14. 2 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura, en su último párrafo establece que se considerará que las funciones instrumentales o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales.

funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o a la agencia administrativa a la que esté adscrita; previsión normativa que se dirige precisamente a garantizar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015⁵¹¹.

Por otro lado, y en cuanto a la vulneración alegada del art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵¹² (precepto derogado tras la entrada en vigor de la LPAC y de la LRJSP) por el párrafo primero del art. 69 de la LAJA, los diputados recurrentes manifiestan que el ejercicio de las potestades públicas deben quedar en el ámbito de la Administración y que si las agencias públicas empresariales, dado el régimen jurídico de su personal, no pueden de ninguna forma tener atribuidas potestades administrativas, tampoco podrán realizarlas en los términos previstos por la Ley 30/1992. También el art. 15.5, en relación a la asunción de potestades administrativas a entidades instrumentales sujetas a derecho privado, prohíbe que le sean encomendadas actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Frente a estas alegaciones, el Tribunal Constitucional manifiesta que “*el artículo 2.2 no tiene el contenido pretendido por los recurrentes, ya que no cierra el paso a la atribución de potestades administrativas a las entidades instrumentales o dependientes de las Administraciones Públicas territoriales...que no prejuzga el régimen de organización y funcionamiento de la entidades de derecho público cuando no ejerzan actividades administrativas. El apartado primero del art. 69 de la LAJA no contradice el mandato normativo del art. 2.2, pues expresamente excluye del régimen de derecho privado de las agencias públicas empresariales las cuestiones relacionadas con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas*”⁵¹³.

⁵¹¹ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J.5º.

⁵¹² El art. 2.2 de la Ley 30/1992 establecía que “*las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*”.

⁵¹³ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J. 5º.

Y en cuanto a que el personal funcionario que deba realizar las funciones implicadas en el ejercicio de potestades administrativas deba pertenecer orgánicamente a la propia entidad instrumental a la que se hayan atribuido dichas potestades, el Tribunal Constitucional hace mención a que *“los recurrentes no aportan razones que permitan concluir que la única fórmula jurídica posible de acuerdo con los artículos 2.2 de la Ley 30/1992 y 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 sea la que ellos defienden”*⁵¹⁴.

También se reprocha por los recurrentes la indeterminación del régimen jurídico previsto en el apartado primero del art. 69 de la LAJA⁵¹⁵ para las agencias públicas empresariales a que hace referencia el art. 68.1 b)⁵¹⁶, sin embargo, el Tribunal Constitucional declara *“que no es cierto que se posibilite que el régimen jurídico se determine ad casum según la conveniencia de cada agencia, ni la alegada indeterminación absoluta es tal, sino que está acotada a lo no previsto expresamente por la normativa general aplicable”*⁵¹⁷.

Otra causa de impugnación alegada por los diputados recurrentes se refiere a la preferencia constitucional por el régimen funcionarial. A estos efectos, aluden a que la doctrina apoyada en la STC 99/1987 y en el art. 103 CE sostiene la preferencia del constituyente por el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas en detrimento de la figura del personal laboral que quedaría relegado al ejercicio de las tareas específicamente previstas por el legislador, y así lo trasladó la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a su art. 15.1 c), al que ya

⁵¹⁴ En el art. 69.3 de la LAJA el legislador autonómico ha previsto la posibilidad de la adscripción funcional de funcionarios dependientes orgánicamente de la Administración Pública territorial como fórmula para proporcionar a las agencias públicas empresariales el personal funcionario legalmente necesario para realizar esas funciones

⁵¹⁵ Para Quesada Lumbreras la nueva Ley andaluza no inspira mucha claridad y certidumbre jurídica tras la lectura de sus preceptos, especialmente para aclararnos en qué casos se aplica el Derecho Administrativo y en cuáles otros se aplica el Derecho Privado. (*La delimitación de funciones, ...op. cit*, pág. 149).

⁵¹⁶ El párrafo segundo del art. 69.1 señala que las agencias públicas empresariales a que hace referencia el art. 68.1.b) de esta Ley se rigen por el Derecho administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho administrativo o por el Derecho privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

⁵¹⁷ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J. 5º.

hemos hecho mención en párrafos anteriores, al establecer que “*con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos*”, exceptuándose una serie de puestos y tareas que podrán ser desempeñadas por el personal laboral⁵¹⁸.

Desde esta perspectiva, se destaca que el legislador deberá concretar qué tareas, funciones y puestos podrán ser ocupados por personal no funcionario, pero no podrá establecer una reserva general de tareas para el personal laboral, o de manera indistinta para funcionarios y laborales, y mucho menos un régimen laboral de derecho privado para quienes presten sus servicios en la Administración Pública. Debe ser el concepto de Administración Pública el que marque la frontera del régimen funcional preferente, debiendo respetar dentro de su ámbito esta preferencia constitucional, entendiéndose como Administración Pública a las agencias a que hace referencia el art. 52.1 a) de la LAJA (agencias administrativas, las públicas empresariales y las de régimen especial)⁵¹⁹.

De esta forma, la redacción de los artículos 70.1 y 74.1 de la LAJA vulneraría la preferencia constitucional por el régimen funcional⁵²⁰, al apostar por un régimen de derecho privado para su personal en el caso de las agencias públicas empresariales, y, por un régimen mixto no preponderante en el caso de las agencias de régimen especial⁵²¹.

El Tribunal Constitucional también desestima este motivo de impugnación, basándose en que el art. 74.1 de la LAJA no establece una preferencia por el régimen

⁵¹⁸ Regla que también obedece la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, al disponer en su art. 12 que “*con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos*” y que configura al personal laboral como una excepción.

⁵¹⁹ Motivo de inconstitucionalidad quinto del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

⁵²⁰ El apartado primero del art. 70 de la LAJA dispone que “*el personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en el EBEP*”. Por su parte, el art. 74.1 de la LAJA establece que el personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario.

⁵²¹ Quesada Lumbreras considera que la regla general no puede ser la ocupación de estos puestos de trabajo por personal laboral, que la delimitación de funciones del personal de estas agencias no puede ser al gusto del consumidor y que no es indiferente asignar cualquier puesto de trabajo a personal de uno u otro tipo. (*La delimitación de funciones, ...op. cit.*, pág. 171).

laboral del personal al servicio de las agencias andaluzas, sino una mera constatación de que en las agencias andaluzas puedan prestar servicios dos tipos de personal, funcionarial y contratado, que se regirán en cada caso por sus propias normas reguladoras⁵²².

Como podemos extraer de una atenta lectura del F.J 7º, el Tribunal Constitucional ha realizado su interpretación atendiendo, sobre todo, a la redacción del art. 74.1, donde el legislador no mantiene una inclinación absoluta por el personal laboral sino que se inclina por la convivencia de ambos tipos de personal en las agencias de régimen especial, funcionario y laboral, pero sin establecer preferencia por uno u otro. Sin embargo, no ha tomado en consideración el contenido del art. 70.1 que declara una absoluta preferencia por el personal laboral en las agencias públicas empresariales.

En este sentido, Quesada Lumbreras, en relación a la difícil tarea de delimitar las concretas funciones que deben corresponder al personal funcionario y cuáles otras podrán asignarse al personal laboral, considera que la posibilidad de contar en cada entidad con personal funcionario y laboral no debe significar que sea indiferente asignar cualquier puesto de trabajo a personal de uno u otro tipo. Su argumentación se basa en la reserva de Ley en materia de función pública que establece el art. 103.3 de nuestra Constitución, y en la STC 99/1987, de 11 de junio (RTC/1987/99), que, según el autor, concretó que son las leyes reguladoras de la función pública las que deben determinar en cada caso qué funciones públicas corresponde ejercer al personal funcionario en exclusiva y cuáles pueden ser desempeñadas por el personal laboral. Y esta decisión no puede ser remitida en blanco por la Ley a los Gobiernos y Administraciones Públicas⁵²³.

Llama la atención del autor la especial preferencia del legislador andaluz por el personal laboral, opción que parece olvidar la Ley 6/1985, de 28 de noviembre de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, que no ha sido derogada expresamente, y que dispone en su art. 12 que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos

⁵²² STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J séptimo.

⁵²³ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones, ...op. cit*, pág. 156 y ss.

autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos, y que configura al personal laboral como una excepción, regla que la Ley 1/2011 parece invertir para la integración del personal en las nuevas agencias⁵²⁴.

Al igual que a Quesada Lumbreras, y tras examinar la prioridad absoluta que han dado las Leyes de Función Pública del resto de Comunidades Autónomas al régimen funcionarial en la contratación pública y en la reserva de las potestades administrativas, nos sorprende la preferencia que ha otorgado, y mantiene en la actualidad, el legislador andaluz por el personal laboral, rompiendo la regla de la excepcionalidad establecida en las leyes, y permitiendo, a través de la llamada agencialización, que la Administración autonómica contrate, a través de sus entidades instrumentales, un número de empleados laborales que podría superar al personal funcionario y al laboral fijo que formaban ya parte de la Administración General de la Junta de Andalucía⁵²⁵.

Por otro lado, los recurrentes van a considerar que el régimen de integración del personal que prevé la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, no respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14, 23.2 y 53.1 de la Constitución.

La citada Disposición establece que “*en los casos que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública*” y que aplicará una serie de reglas, entre estas, cabe destacar

⁵²⁴ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones*,...op. cit, pág. 148 y ss.

⁵²⁵ Como ejemplo de ello, en la Agencia de régimen especial del Servicio Andaluz de Empleo se integraron de la extinta Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE) 1.552 trabajadores, produciéndose el cambio de cuenta de cotización del empleador y la alta y baja simultánea de todos estos trabajadores el día 3 de mayo de 2011 (Informe sobre el proceso de reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo en el marco de la reordenación del sector público en Andalucía, <http://image.slidesharecdn.com/informereordenacionsae-120723103536-phpapp02/95/...>).

la integración del personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas en la nueva entidad, integración que se producirá conforme a las normas reguladoras de la sucesión de empresa y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y, la exigencia de que este personal tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial.

Los recurrentes manifiestan que con esta integración se logra el acceso directo al empleo en entidades instrumentales públicas, que son consideradas Administración Pública, de personal perteneciente a empresas participadas por la Junta de Andalucía que no han concurrido a proceso selectivo basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad. Desde esta posiciones, el hecho de que la Disposición Adicional Cuarta señale *“que el acceso, en su caso de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”*, no justifica esa integración porque, aunque este personal se siga rigiendo en sus nuevos puestos por el derecho privado, antes pertenecían a una esfera del sector público ajena a la Administración Pública, mientras que ahora han pasado a integrarse en la Administración institucional (art. 52.2 LAJA), con personalidad jurídica pública, y sometida a los mismos criterios dispuestos en esta Ley para la Administración de la Junta de Andalucía⁵²⁶.

En relación a este motivo de impugnación, el Tribunal Constitucional recuerda que aunque junto al art. 23.2 CE los recurrentes invocan también el art. 14 CE, es el art. 23.2 CE el que especifica el derecho a la igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos⁵²⁷, siendo éste, por tanto, el precepto a considerar para apreciar si se ha producido una vulneración del principio de igualdad en el acceso a una relación

⁵²⁶ Motivo de inconstitucionalidad sexto del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

⁵²⁷ Declara el TC en el F.J 7º de la Sentencia 236/2015 que aunque las garantías del art. 23.2 CE son dispensadas a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial.

de servicios de carácter estatutario⁵²⁸. Considera el Tribunal que el art. 23.2 CE no garantiza la igualdad durante toda la vigencia de la relación funcional, sino en situaciones muy precisas como el acceso a la función pública... *“en el momento del acceso a la función pública no hay más canon que los principios constitucionales de mérito y capacidad, pero con posterioridad otros criterios pueden acompañar a dichos principios, siendo en nuestra jurisprudencia diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa. Así en la STC 156/1998, de 13 de junio (RTC 1998, 156) señalamos que al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el art. 23.2 CE, y encontrarnos ante un derecho que es de configuración legal, es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios”*⁵²⁹.

Por tanto, *“el Tribunal Constitucional señala que la disposición adicional cuarta cumple suficientemente la exigencia de predeterminación normativa que dimana del art. 23.2 CE, al determinar con carácter general y de forma previa los requisitos de integración de los funcionarios públicos en las nuevas agencias que deberá aplicar la Administración y que las reglas que establece son objetivas, no tienen en cuenta situaciones individuales, ni incluye referencias individualizadas y no abren la puerta a la asignación de puestos de trabajo con desprecio de los principios de mérito y capacidad, no apreciando norma alguna que se desvíe de la consecución de la situación jurídica de igualdad de los empleados públicos (funcionarios y contratados) respecto a la integración en las nuevas agencias”*⁵³⁰.

También los diputados recurrentes alegan que, en contra de lo establecido por el EBEP, el art. 69.3 de la LAJA⁵³¹ instaura un régimen de dependencia funcional que va a implicar para los funcionarios de carrera una movilidad forzosa del puesto de

⁵²⁸ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J. 7º.

⁵²⁹ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J. 7º.

⁵³⁰ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J. 7º.

⁵³¹ El art. 69.3 de la LAJA hace mención en su párrafo segundo que la dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia pública empresarial, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma.

trabajo, ya que bajo la apariencia de mantenimiento en el mismo puesto de trabajo del que se sigue dependiendo orgánicamente, lo que existe realmente es un traslado encubierto en el que buena parte de sus condiciones laborales van a cambiar por completo⁵³². Manifiestan que con este sistema se pasa de la forma tradicional de los entes instrumentales como medio propio de la Administración Pública, a otra en la que la Administración Pública se convierte en medio propio de los Entes instrumentales en aquellas tareas que estos no pueden realizar.

Fernández Ramos destaca que la técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional se ha empleado siempre dentro de una misma Administración Pública y para mantener una cierta vinculación funcional con un órgano diferente al que se adscribe orgánicamente la unidad de que se trate y en la que efectivamente sirve, destacando que en este caso, además del salto de una Administración (la Administración General de la Junta de Andalucía) a otra (la Agencia Pública Empresarial) se produce una situación inversa: la unidad o puesto de trabajo de facto se adscribe a la Agencia⁵³³.

Los recurrentes también hacen mención a que al no estar aun vigente la nueva Ley de Función Pública de desarrollo del EBEP, debemos acudir a la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de Andalucía, cuyo art. 3º apuesta por una movilidad voluntaria, y sólo muy excepcionalmente, el art. 27 contempla algunos supuestos de traslado forzoso, no encontrando la adscripción funcional forzosa, contemplada en el art. 69.3 de la LAJA, apoyo en dichos artículos⁵³⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional señala que, a diferencia de la movilidad forzosa en que se produce remoción o cambio de puesto de trabajo⁵³⁵, en el régimen de adscripción funcional previsto por la LAJA, el funcionario permanece en su puesto de trabajo y únicamente se le atribuyen funciones precisas para poder participar en el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a una determinada

⁵³² Motivo de inconstitucionalidad cuarto del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

⁵³³ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación*,...op. cit., págs. 60 y 61.

⁵³⁴ Motivo de inconstitucionalidad cuarto del Recurso de Inconstitucionalidad número 2733-2011.

⁵³⁵ Sólo de forma motivada y por necesidades del servicio o funcionales podrán las Administraciones Públicas trasladar a sus funcionarios a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino (art. 81.2 del Real Decreto legislativo 5/2015).

agencia pública empresarial o en la salvaguarda de los intereses generales cuya tutela le haya sido encomendada; destaca por todo ello que la decisión de adscripción funcional no es más que un aspecto parcial dentro de un proceso más amplio de reorganización administrativa⁵³⁶.

En mi opinión, aunque el Tribunal Constitucional señale que el funcionario permanece en su puesto de trabajo, el párrafo segundo del art. 69.3 de la LAJA deja bien claro que la integración funcional de este personal supone la sujeción a las instrucciones y órdenes de los órganos directivos de la agencia pública empresarial de que se trate. Por tanto, aunque orgánicamente se muestre esa apariencia de adscripción a una Consejería o agencia de régimen especial, en la práctica real será como si se encontrase adscrito a la propia agencia pública empresarial.

4. El régimen de integración del personal en el Servicio Andaluz de Empleo

En primer lugar, debemos hacer mención al apartado primero del art. 8 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero que dispone “*que el Servicio Andaluz de Empleo adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54.2 c) de la LAJA*”; también al apartado quinto que establece que “*el Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción*”; y, finalmente, al apartado séptimo que señala que “*el proceso de adaptación de los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo se tramitará simultáneamente a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, de acuerdo con el art. 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre*”.

Como mencionamos en el apartado anterior, la Disposición adicional cuarta establece que, en caso de que se produzca la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración en las agencias públicas empresariales o de régimen especial se realizará

⁵³⁶ STC 236/2015, de 19 de noviembre, F.J sexto.

de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública.

De modo que el día 30 de abril de 2011 se publicó en BOJA la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprobó el Protocolo de Integración de Personal en el Servicio Andaluz de Empleo⁵³⁷.

El Protocolo establece varias reglas para llevar a cabo la integración del personal en la Agencia. La regla tercera en su apartado primero hace mención a que *“en concepto de sucesión de empresa de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, y desde la fecha de su constitución efectiva, la Agencia quedará subrogada en calidad de empleador en la totalidad de los contratos laborales del personal laboral de la Fundación, con todos los derechos y obligaciones laborales y sociales inherentes, de acuerdo con lo establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores*⁵³⁸”.

En cuanto a las condiciones de integración, establece en su apartado segundo, que el personal laboral de la FAFPE se integrará en la Agencia, de conformidad con el art. 44 del ET; que tendrá la consideración de personal laboral de la Agencia; que su masa salarial no podrá superar, como consecuencia de la reordenación, la del personal de la Fundación; y que, el acceso en su caso a la condición de personal

⁵³⁷ BOJA 30 de abril de 2011, núm. 84.

⁵³⁸ Conviene hacer mención a los apartados primero y cuarto del art. 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, actualmente derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre de 2015, núm. 255). El art. 44. 1 del ET disponía que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*. El art. 44.4 del ET, hacía mención a que *“salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*.

funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo.

Con respecto a la normativa que le será aplicable, el apartado tercero de la regla tercera, establece que el personal mantendrá las mismas condiciones laborales y retributivas que tenía en la Fundación, así como las dimanantes, en su caso, del Convenio Colectivo para los años 2007-2009 de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo, manteniéndose esas condiciones hasta que se apruebe un nuevo convenio que sea de aplicación, y además le será de aplicación el EBEP.

Por su parte, la regla cuarta hace referencia a la incorporación del personal laboral de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico de Andalucía, (en adelante, UTEDLT), y en su apartado primero declara que en concepto de sucesión de este personal, y desde la fecha de la disolución efectiva de cada uno de los Consorcios, la Agencia quedará subrogada en calidad de empleador en la totalidad de los contratos laborales del personal laboral de los mismos, de acuerdo con lo establecido en el art. 44 del ET.

Y en cuanto a las condiciones de integración, su apartado segundo hace mención a que el personal con relación común, es decir los agentes locales de promoción de empleo, (en adelante, ALPE), se integrará en la Agencia de conformidad con el art. 44 del ET, teniendo la condición de personal laboral de la Agencia, y al igual que ocurre con el personal laboral de la FAFPE, su masa salarial no podrá superar, como consecuencia de la reordenación, la del personal de los Consorcios; el acceso, en su caso, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo.

En parecidos términos que al personal de la FAFPE, el apartado tercero de la regla cuarta establece que este personal mantendrá las mismas condiciones laborales y retributivas que disfrutaba en los Consorcios, así como las dimanantes, en su caso, del I Convenio Colectivo del personal laboral de los Consorcios UTEDLT de

Andalucía⁵³⁹, manteniéndose esas condiciones hasta que se apruebe un nuevo convenio que sea de aplicación, y además le será de aplicación el EBEP.

En cuanto al personal funcionario del Servicio Andaluz de Empleo, la regla primera, establece que este se integrará en la agencia de régimen especial manteniendo el carácter de funcionario, siéndole de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía.

En el apartado primero menciona que la Consejería de Empleo, para hacer frente a la asignación de competencias y funciones atribuidas por el Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo⁵⁴⁰, procederá al cambio de dependencia orgánica y funcional de determinados puestos que deberán configurarse en la correspondiente relación de puestos de trabajo, vinculados al ejercicio de las funciones y competencias asignadas⁵⁴¹. El apartado segundo declara que la relación de puestos resultante de la modificación se incorporará al catálogo de puestos en la Agencia, manteniendo su misma condición de relación de puestos de trabajo y su regulación por la normativa de función pública.

Con respecto al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía, la regla segunda establece que se integrará orgánicamente en la Agencia, manteniendo su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal de la Administración de la Junta de Andalucía y los acuerdos derivados de la interpretación del mismo, y también el EBEP.

Es de gran interés y, por tanto, debemos hacer alusión a que las plataformas “anti-reordenación Asociación Al Andaluz de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía” y “Asociación Defiendo Mi Derecho y la Gestión Pública y otros”, impugnaron la resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Protocolo de Integración de

⁵³⁹ BOJA 10 de enero de 2008, núm. 7.

⁵⁴⁰ BOJA 14 de abril de 2010, núm. 71.

⁵⁴¹ El Decreto 97/2011, de 19 de abril, modifica el Decreto 136/2010, de 13 de abril, que aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA 29 de abril de 2011, núm. 83).

Personal en la agencia Servicio Andaluz de Empleo⁵⁴².

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2011, va a resolver este recurso y entre los argumentos que recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto, considera que se encuentra ante un “*supuesto idéntico a la Sentencia de dos de noviembre de 2011, recaída en el recurso 414/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, en cuya Disposición Adicional segunda se disponía la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por considerar que esa disposición reglamentaria es contraria a los Derechos Fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 CE, señalando que al integrar directamente al personal procedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 2.1 –personal de las Agencias-), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art. 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A), un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad*”.

Continúa la Sentencia declarando que “*idéntico supuesto se produce con las*

⁵⁴² STSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 1ª, Apelación 466/2011, F.D primero.

reglas 3ª y 4ª del Protocolo, por el que se pretende integrar al personal al servicio de la FAFPE y de los Consorcios UTEDLT como personal laboral de la Agencia eludiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

De la lectura del Fundamento de Derecho Cuarto, me llama la atención la claridad con la que el Tribunal detecta que con la integración de este personal se ha producido un quebrantamiento de los principios rectores de acceso al empleo público, llegando incluso a ser muy contundente al señalar que se ha producido un desprecio al Estado de Derecho, y que en la resolución de los sucesivos recursos de casación sobre esta materia, a los que haremos mención más adelante, el Tribunal Supremo haya mantenido una postura tan diferente a la mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Para garantizar el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2011, dictada en el recurso de apelación número 466/2011, la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo dictó con fecha 7 de febrero de 2012 una Resolución⁵⁴³. Dicha Resolución en su instrucción primera, a la que titula tratamiento autónomo y diferenciado del personal subrogado, menciona que los responsables de personal “*procederán a mantener un tratamiento autónomo y diferenciado del personal subrogado respecto de los empleados públicos, es decir, funcionarios y laborales de la Junta de Andalucía*”, y evitarán, en todo caso, cualquier situación de confusión de plantilla entre los diversos colectivos que forman parte del personal del SAE.

En su instrucción segunda establece que al personal subrogado se le podrán

⁵⁴³ Resolución de la Dirección-Gerencia del SAE por la que se aprueban las medidas para garantizar el cumplimiento de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Sevilla, dictada en el recurso de apelación núm. 466/2011 en el procedimiento especial de derechos fundamentales, por la que se acuerda la suspensión cautelar de la Resolución dictada por la Secretaría General para la Administración Pública, con fecha 20 de abril de 2011, por la que se aprueba el protocolo de integración de personal en el SAE. (Informe sobre el proceso de reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo en el marco de la reordenación del sector público en Andalucía), documento disponible en internet, <http://image.slidesharecdn.com/informereordenacionsae-120723103536-phpapp02/95/...:http://es.slideshare.net/losotrotrabajadores/informe-sobre-el-proceso-de-reestructuracin-del-servicio-andaluz-de-empleo-junta-de-andaluca>); <http://docslide.com.br/news-politics/informe-sobre-el-proceso-de-reestructuracion-del-servicio-andaluz-de-empleo-junta-de-andalucia.html>; <http://www.sindicatosaf.es/images/stories/documentos/NOTICIAS/Actualidad/2012/marzo/protocolo%20subrogaciondef.pdf>

encomendar, por aplicación analógica del art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, las funciones asignables por su condición de personal laboral, que se concretan en las siguientes: las funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo; las de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones y comunicación social; las funciones correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados. Y también, en todo caso, serán realizadas por el personal subrogado las actividades y funciones gestionadas por la extinta FAFPE asumidas por el SAE desde el 3 de mayo de 2011.

La instrucción cuarta hace alusión al régimen jurídico del personal subrogado y señala que este se someterá a todos los efectos a la legislación laboral, incluido el II Convenio Colectivo de la extinta FAFPE, hasta que se proceda a su renovación o a su sustitución por otro. *“En ningún caso procederá la aplicación a dicho personal subrogado de la regulación contemplada en el EBEP”*, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la condición de Administración Pública del SAE como empleador.

Por su parte, la instrucción sexta hace mención a que no se permitirá el acceso informático por parte del personal subrogado a cualquier tipo de intervención u operación que lleve implícita la ejecución de potestades públicas reservadas al funcionario.

También debemos hacer mención, una vez más, al Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo⁵⁴⁴, que en su artículo único establece que *“de conformidad con el art. 8 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, se constituye como Agencia de régimen especial, de las previstas en el art. 54.2. c) de la LAJA, a cuyo fin se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo”*.

Con la fecha de entrada en vigor de los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo se produjo la efectiva constitución de la Agencia, y el inicio de las funciones

⁵⁴⁴ BOJA 29 de abril de 2011, núm. 83; rect. BOJA 14 de julio de 2011, núm. 137.

generales asignadas, asumiendo desde esa fecha todas las funciones y tareas realizadas hasta ese momento por la FAFFE⁵⁴⁵.

La Disposición adicional primera del Decreto 96/2011, de 19 de abril, dispone que, *“sin perjuicio de lo establecido en el art. 8.5 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acuerdo de disolución, liquidación y cesión global de activo y pasivo de la FAFFE, así como la subrogación en todas sus relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de toda clase, incluidas las laborales en concepto de sucesión de empresa por la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, se adoptara con carácter previo a la entrada en vigor de los Estatutos de la Agencia”*.

Por su parte, la Disposición adicional segunda del citado Decreto declara que el personal procedente de la FAFFE y de los Consorcios UTEDLT se integrarán en la Agencia como personal laboral de la misma desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción, realizándose en los términos establecidos para la sucesión de empresas del art. 44 del ET y en las condiciones que establezca el protocolo de integración.

Mediante Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación, se inscribe en el Registro de Fundaciones de Andalucía la extinción de la Fundación Pública Andaluza Fondo de Formación y Empleo⁵⁴⁶, adoptada por su Patronato en sesión celebrada el día 29 de abril de 2011⁵⁴⁷ y que consta en escritura pública otorgada el 29 de abril de 2011 ante el Notario del Ilustre Colegio de Andalucía Don Antonio Ojeda Escobar bajo el número 543 de Protocolo⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Disposición Adicional quinta Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.

⁵⁴⁶ BOJA 24 de mayo de 2011, núm. 100.

⁵⁴⁷ El Fundamento de Derecho primero de la Resolución de 5 de mayo de 2011, hace mención a que es preciso recordar que la certificación del Patronato de la Fundación refiere que los efectos de la extinción se producirán el 3 de mayo de 2011, conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional quinta, en relación con la Disposición final segunda del Decreto 96/2011, siendo esta fecha la de entrada en vigor de los Estatutos del SAE y de la efectiva constitución del mismo como agencia de régimen especial. Desde ese momento, el SAE conforme a lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, queda subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que, hasta ese momento, era titular la FAFFE.

⁵⁴⁸ Dicha escritura pública hace mención expresa de la entidad destinataria de los bienes y derechos resultantes de la liquidación a que se refiere el art. 43 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, tratándose de

Por tanto, el personal de la extinta FAFPE se integra en la agencia de régimen especial SAE el día 3 de mayo de 2011, día de la constitución efectiva de la agencia.

En cuanto al régimen de integración del personal de la Administración de la Junta de Andalucía, la Disposición adicional tercera del Decreto 96/2011, de 19 de abril, reproduce el contenido de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, y las reglas primera y segunda de la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General de la Administración Pública, por la que se aprueba el protocolo de integración de personal en el Servicio Andaluz de Empleo⁵⁴⁹.

También con respecto a la selección de personal al servicio de la Agencia el art. 40 establece que esta “*se realizará mediante convocatoria pública en medios oficiales y con sujeción a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y teniendo en cuenta la reserva de plazas para personas con discapacidad establecida para la Administración General de la Junta de Andalucía y de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación*”.

El Decreto 96/2011, de 19 de febrero, también fue impugnado por las distintas plataformas y organizaciones anti reordenación y por otros.

la agencia de régimen especial Servicio Andaluz de Empleo (Antecedentes de Hecho Segundo de la Resolución de 5 de mayo de 2011).

⁵⁴⁹ La Disposición adicional tercera del Decreto 96/2011, de 19 de abril en su apartado primero, establece que el personal funcionario que se integre orgánica y funcionalmente en la Agencia, permanecerá en la situación de servicio activo en su Cuerpo, y le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del personal funcionario de la Junta de Andalucía y en su apartado segundo, que el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que se integre orgánicamente en la Agencia mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

CAPÍTULO VIII. LA PROBLEMÁTICA JURISDICCIONAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EN EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

1. Las discrepancias judiciales sobre la subrogación del SAE respecto de sus entidades instrumentales

Para comenzar, conviene que, una vez más, volvamos a recordar el régimen de integración del personal de la extinta FAFPE y de los Consorcios UTEDLT establecido en la D.A 2ª de los Estatutos del SAE. Esta Disposición establece que el personal procedente de los Consorcios, una vez extinguidos o disueltos estos, y de la FAFPE, quedarán integrados en la Agencia SAE como personal laboral de esta, en los términos establecidos para la sucesión de empresas (art. 44 ET⁵⁵⁰), y en las condiciones que establezca un protocolo de integración⁵⁵¹.

La previsión normativa ha sido objeto de varios pronunciamientos judiciales completamente contradictorios. En este apartado, en primer lugar, vamos a llevar a cabo un breve análisis de la STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012⁵⁵², que declaró no conforme a derecho la previsión de subrogación establecida en los Estatutos del SAE⁵⁵³, seguido, en segundo lugar, del análisis de la STS de 2 de octubre de 2013⁵⁵⁴, que declaró conforme a derecho la mencionada subrogación y anuló la STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012.

Refiriéndonos a la STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012, ésta, anuló la D.A 2ª de los Estatutos del SAE (Decreto 96/2011, de 19 de abril), actuando en el mismo sentido que lo hizo la Sentencia, del mismo Tribunal, de 15 de noviembre de 2011, a la que ya nos hemos referido en el Capítulo anterior, y que acordó la suspensión de las reglas tercera y cuarta del protocolo de integración del personal procedente de la FAFPE en la Agencia SAE.

⁵⁵⁰ Actualmente derogado por disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo núm. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, (BOE 24 octubre de 2015, núm. 255).

⁵⁵¹ La Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública, aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el SAE, (BOJA 30 de abril de 2011, núm. 84).

⁵⁵² STS de Justicia de Andalucía de 20 de febrero de 2012, Sala de lo C.A., Sección 1ª, sede en Sevilla (STSJ AND 12468/2012).

⁵⁵³ Previsión de subrogación establecida en la D.A segunda del Decreto 96/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos del SAE.

⁵⁵⁴ STS de 2 de octubre de 2013, Sala tercera de lo C.A., Sección 7ª, (STS 4706/2013).

La Sentencia de 20 de febrero de 2012 resulta de la resolución del recurso 415/2011 interpuesto por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por, entre otros, varias asociaciones de empleados públicos, contra la D. A 2ª del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.

El Tribunal en su pronunciamiento va a reproducir los términos adoptados por la STSJ de Andalucía de dos de noviembre de 2011⁵⁵⁵, dictada tras la interposición del Recurso Contencioso Administrativo 414/2011 para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra el Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprobaron los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales⁵⁵⁶.

El recurso se sustenta en dos motivos. Por un lado, se incide en la nulidad del Decreto al permitir que ejerza funciones públicas un personal que no ha accedido a la Administración por el sistema legalmente establecido, estando reservadas constitucionalmente estas funciones a los empleados públicos. Por otro, se vulnera el derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, infringiéndose los artículos 14 y 23.2 de la CE, al obstaculizar y perjudicar los derechos de quienes han accedido a la función pública de forma legal y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad⁵⁵⁷.

Resulta de interés, hacer mención a las declaraciones realizadas por el Ministerio Fiscal. Considera que la disposición analizada vulnera los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 y 23.2 CE, denunciando que la integración del personal se aleja de los principios básicos constitucionales de acceso, que, “*según la doctrina del T.C, sólo pueden ser exceptuados por muy excepcionales razones objetivas, sin que sea suficiente escudarse en el amparo de la Ley 1/2011*”. También es contrario a la legalidad ordinaria, tal como se recoge en el art. 55 y siguientes del EBEP, lo que repercute no sólo en el personal funcionario y laboral de la

⁵⁵⁵ Cuestiones similares a las que va a resolver la STSJ de Andalucía de 20/02/2012, ya fueron objeto de pronunciamiento por este Tribunal en Sentencia de 2 de noviembre de 2011, (STSJ AND 9371/2011).

⁵⁵⁶ BOJA 29 de abril de 2011, núm. 83.

⁵⁵⁷ Al integrarse el personal subrogado en la Administración instrumental pasa a ejercer directa o indirectamente funciones y potestades reservadas por Ley a los empleados públicos que accedieron a la Administración por sistemas legales y constitucionales. (F.D 3)

Administración sino en los ciudadanos que, según el EBEP, tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad⁵⁵⁸.

Por su parte, la Administración de la Junta de Andalucía, en el F.D 3º, insiste en que es la LAJA, modificada por la Ley 1/2011, la que atribuye el ejercicio de potestades públicas a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, por lo que se trata de una cuestión ajena al debate de vulneración de derechos fundamentales. Y en cuanto al ejercicio de potestades públicas, hace alusión a que se atribuyen dichas funciones a los funcionarios adscritos, no existiendo desigualdad al no pretender el Decreto el acceso a la condición de empleado público, sino el mero cumplimiento de las normas laborales sobre la sucesión de empresas⁵⁵⁹.

Aunque no se pretenda el acceso a la condición de empleado público, la mera integración supone que automáticamente el personal subrogado se convierta en empleados públicos al servicio de la Administración, cuya única forma de acceso, debería estar precedida por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El Tribunal entiende que una cosa es la subrogación empresarial exigida por las normas laborales y otra bien distinta la integración automática como personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía y con atribución de potestades y funciones públicas⁵⁶⁰. La doctrina matiza y entiende que la sucesión de empresas del art. 44 del ET no puede interpretarse como título habilitante para la cobertura de plazas en la Administración Pública territorial, procedimiento que sólo puede realizarse por concursos públicos y en igualdad de condiciones de todos los administrados; no obstante, si cabría su aplicación cuando se trate de desempeñar labores profesionales de reactivación de la economía y dinamizador de la sociedad local mediante el aprovechamiento de los

⁵⁵⁸ STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012, F. D. 3º (STSJ AND 12468/2012).

⁵⁵⁹ El art. 37.5 del Decreto 96/2011, de 19 de abril, declara que *“los puestos de trabajo que conlleven ejercicio de autoridad y funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades administrativas o en la salvaguarda de los intereses generales de la Administración serán desempeñadas por personal funcionario”*.

⁵⁶⁰ En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2011 (STSJ AND 15936/2011), que declara la nulidad de la disposición adicional segunda del Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

recursos endógenos existentes en una determinada zona o espacio físico capaz de estimular y fomentar el crecimiento económico, crear empleo, renta y riqueza y, sobre todo, mejorar la calidad de vida y el bienestar social de sus habitantes⁵⁶¹.

También declara el Tribunal que no cabe duda de que la integración de personal laboral en la Agencia puede afectar a los derechos de acceso, promoción y traslado para la provisión de vacantes de los funcionarios y personal laboral para toda la Administración de la Junta de Andalucía y que, como se dijo en la STC 302/1993, el art. 23.2 CE determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas.

De esta forma, la citada disposición quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente a este personal entra en el ámbito de aplicación del EBEP, pero sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución. Ello supone, en último término, un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio EBEP, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos, sean funcionarios o personal laboral, y estas normas resultan infringidas cuando los trabajadores se integran como personal laboral de la Agencia eludiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad⁵⁶².

Estima el Tribunal (F.D 5º), que el personal de la Agencia SAE procedente de la FAFPE y de los Consorcios UTEDLT ha accedido a la condición de personal laboral de la Administración General, integrándose como empleados públicos y aplicándoseles el EBEP, sin haber superado ninguna prueba de acceso, quebrándose de manera absoluta el principio de igualdad, al vulnerarse el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, susceptible de amparo y configurado legalmente en los artículos 55 y siguientes del EBEP.

⁵⁶¹ VALLECINO, A., “Reestructuración de personal en la ASAE”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, pág. 7, 2014.

⁵⁶² STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012, F. D 3º (STSJ AND 12468/2012).

En base a todos estos motivos, el Tribunal “*declara nula la Disposición Adicional Segunda del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, por vulneración de los Derechos Fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la CE*”.

No obstante, la STSJ de 20 de febrero de 2012, fue recurrida en casación (recurso núm. 1707/12) por la Junta de Andalucía ante el Tribunal Supremo, dictándose un nuevo pronunciamiento, la STS de 2 de octubre de 2013, que pasamos ahora a analizar⁵⁶³.

La STS de 2 de octubre de 2013 va a acoger la fundamentación jurídica utilizada en un pronunciamiento anterior, la STS de 21 de enero de 2013 (RJ/2013/1893), que resuelve el recurso de casación núm. 6191/2011, interpuesto por la Junta de Andalucía y la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, contra la Sentencia dictada el 2 de noviembre de 2011 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía en relación al Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales⁵⁶⁴.

Para una mejor comprensión de esta sentencia, conviene que hagamos mención a los motivos alegados por los actores, al menos, de aquellos que resultan de mayor interés.

1. Los recurrentes consideran que la sentencia de instancia incurre en exceso de jurisdicción al examinar extremos de naturaleza laboral cuyo conocimiento corresponde al orden social y hacen mención a que la D.A 2ª del Decreto 96/2011, de 19 de abril anulado es, para la Junta de Andalucía, una mera aplicación del ET⁵⁶⁵.

Por su parte, el Tribunal declara que la sentencia recurrida no se adentra en el ámbito reservado al orden jurisdiccional social, no incurriendo por tanto en exceso de jurisdicción; alude a que el Decreto 96/2011 es dictado por la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus potestades públicas siendo revisable por los Tribunales de lo

⁵⁶³ STS de 2 de octubre de 2013, Sección Séptima de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo (STS 4706/2013).

⁵⁶⁴ La STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011 fue revocada por el TS al estimar el recurso de casación 6191/2011.

⁵⁶⁵ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

contencioso administrativo⁵⁶⁶.

2. Los actores aducen que la Sentencia de 20 de febrero de 2012 “*es incongruente al declarar nula la D.A 2ª del Decreto 96/2011 por una causa no invocada: la infracción del principio de igualdad y del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad*”⁵⁶⁷.

El Tribunal desestima este motivo de impugnación al considerar que la sentencia se mueve dentro de las pretensiones de las partes. Los actores en la instancia combatían la integración del personal cuestionado en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo y a eso responde la sentencia, por tanto, no es admisible al no padecer el defecto que se le atribuye⁵⁶⁸.

3. Otro motivo de impugnación, hacía referencia a que ninguno de los funcionarios públicos se encontraba legitimado para impugnar el Decreto 96/2011, ya que al tratarse de una disposición de carácter organizativo no puede ser impugnada por estos, los cuales no tienen derecho a petrificar la estructura de la Administración⁵⁶⁹.

Ante esta alegación, el Tribunal entiende que el carácter esencialmente organizativo del Decreto 96/2011 no impide la legitimación de estos y, aún más, desde el momento en que la integración del personal cuestionado en la Agencia del SAE puede afectar a su promoción profesional⁵⁷⁰.

4. La Administración recurrente “*sostiene también que al limitarse el Decreto 96/2011 a reiterar la D.A 4ª 1 b) de la Ley 1/2011, no cabe afirmar que el fallo no depende de la validez de esta última*”. Alega infracción del art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁵⁷¹, (en adelante,

⁵⁶⁶ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 4º (STS 4706/2013).

⁵⁶⁷ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

⁵⁶⁸ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 4º (STS 4706/2013).

⁵⁶⁹ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

⁵⁷⁰ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 5º (STS 4706/2013).

⁵⁷¹ El apartado primero del art. 35 de la LOTC (BOE 5 de octubre de 1979, núm. 239) dispone que “*cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución,*

LOTIC) y del art. 9 de la Constitución⁵⁷².

Al respecto, la Sentencia hace referencia a que no se produjo infracción del art. 9 de la Constitución ni del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al considerar que la Sala de instancia no se apartó de ellos, ya que el citado art. 35 y el art. 163 de la Constitución, conceden al Tribunal un margen de apreciación para decidir si la norma legal de cuya validez depende el fallo es o no contraria a la Constitución⁵⁷³.

5. Otros motivos de impugnación invocados por la Administración recurrente son, por un lado, la indebida aplicación de los artículos 14 y 23.2 de la CE y , por otro, la infracción del art. 44 del ET en relación con los artículos 9 y 103 de la Constitución y la indebida aplicación del art. 55 y concordantes del EBEP⁵⁷⁴.

Con respecto a estos motivos, resultan de interés las aportaciones realizadas por el Ministerio Fiscal al considerar que la disposición declarada nula por el Tribunal de instancia no infringe el principio de igualdad y el derecho fundamental reconocido en el art. 23. 2 de la CE. Manifiesta que *“dicha disposición no afecta al derecho de los recurrentes al acceso al empleo público sino al de promocionarse profesionalmente, siendo ese derecho, de menor protección que el de acceder a la función pública, tratándose, al igual que éste, de configuración legal pero, por ser menos intensa su garantía, la Administración cuenta con mayor margen respecto de su ejercicio y en esa configuración legal interviene la Ley 1/2011 y el Decreto 96/2011”*⁵⁷⁵.

También alude a que *“si nos encontramos ante un derecho de configuración*

planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

⁵⁷² El art. 9 de nuestra Constitución establece en su apartado primero que *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”*. En su apartado segundo, que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Y en su apartado tercero, que *“la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. Así se desprende del F.D 2º STS de 2 de octubre de 2013(STS 4706/2013).

⁵⁷³ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 5º (STS 4706/2013).

⁵⁷⁴ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

⁵⁷⁵ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

legal y ésta resulta de la Ley 1/2011, o la norma legal es contraria al art. 23.2 CE – lo que rechaza por la gran discrecionalidad de que dispone la Administración a la hora de establecer los cauces de promoción profesional de su personal- o, si no lo es para la Sala de instancia, entonces tampoco lo será la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, porque carece de sustantividad propia”⁵⁷⁶.

Por su parte, y haciendo mención a las manifestaciones del Tribunal Supremo con respecto a estos motivos de impugnación, resulta de gran interés las que realiza cuando declara *“que la sentencia de 20 de febrero de 2012, en efecto, desconoce que el personal cuestionado ya tenía condición de empleado público antes de que el Decreto 96/2011, en estricto cumplimiento de la Ley 1/2011, dispusiera su integración en la Agencia Servicio Andaluz de Empleo porque así resulta de los artículos 2.1, 8.1 c) y de la disposición adicional primera del EBEP”⁵⁷⁷.*

Explica el Tribunal que *“la FAFPE y los Consorcios UTEDLT eran entes de derecho público con personalidad jurídica propia, por lo que su personal, regido por el ordenamiento laboral, estaba ya dentro del ámbito de aplicación de este texto legal, nada añaden al respecto ni la Ley 1/2011, de 17 de febrero, ni el Decreto 96/2011, de 19 de abril”.*

Insiste en que el personal de la FAFPE y Consorcios UTEDLT va a mantener la condición de empleados públicos que ya mantenía con sus empleadores de origen, con la única diferencia que ahora el empleador pasa a ser la Agencia SAE. Por tanto, considera entidades públicas tanto a los Consorcios UTEDLT como a la FAFPE, cuestión que tendremos la oportunidad de analizar en el próximo apartado⁵⁷⁸.

Manifiesta el Tribunal que “este personal solo podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos”, y mientras no los supere seguirán como empleados públicos de la Agencia SAE. Por tanto, establece el camino que habrán de seguir quienes, integrados ya en la Agencia Servicio Andaluz de Empleo

⁵⁷⁶ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 2º (STS 4706/2013).

⁵⁷⁷ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 6º (STS 4706/2013). En el mismo sentido se pronuncia la sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en Sentencia de 21 de enero de 2016, en su F.D 5º (RJ/2016/459).

⁵⁷⁸ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 6º (STS 4706/2013).

deseen dar ese paso⁵⁷⁹.

El Tribunal, en el mismo sentido que establecía el Ministerio Fiscal, entiende que la D.A 2ª del Decreto 96/2011 carece de sustantividad jurídica y nada añade ni le quita a la Ley 1/2011, limitándose sólo a cumplir su D.A 4ª. Por tanto, si el Tribunal de Instancia no dudó de la constitucionalidad de la Ley 1/2011, debió desestimar el recurso contencioso-administrativo, porque limitándose el Decreto al estricto cumplimiento de esta Ley, y al ser esta constitucional, el Decreto 96/2011 no podría infringir los artículos 14 y 23.2 de la CE.

Y además, que de ninguna manera puede la D.A 2ª afectar al derecho de acceso a la función pública de quienes recurrieron en la instancia, pues ya forman parte de ella como funcionarios o personal laboral. En consecuencia, se reduce a la incidencia que tienen las normas legales y la disposición reglamentaria en el derecho de los actores a la promoción profesional⁵⁸⁰.

También explica el Tribunal que *“la integración no supone por sí misma lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia sino, en todo caso, eventual y futura pues no sólo no hace empleados públicos a quienes no lo fueran ya sino, también porque no implica ninguna actuación dirigida a sustraerles puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar⁵⁸¹”*.

Por tanto, el Tribunal, una vez descartadas las lesiones del principio de igualdad y al derecho de acceder y permanecer promocionándose profesionalmente en el empleo público, anula la sentencia impugnada y desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 415/2011 interpuesto contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia SAE.

2. Un dato a tener en cuenta: la distinta naturaleza de los organismos implicados en el conflicto jurisdiccional

Una de las cuestiones principales en que se fundamenta la STS de 2 de octubre

⁵⁷⁹ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 6º (STS 4706/2013).

⁵⁸⁰ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 6º (STS 4706/2013).

⁵⁸¹ STS de 2 de octubre de 2013, F.D 6º (STS 4706/2013).

(F.D 6º), analizada en el apartado anterior, para declarar conforme a derecho los Estatutos del SAE y con ello la integración del personal de la extinta FAFPE y de los Consorcios UTEDLT en la mencionada Agencia, es que dicho personal ya tenía la condición de empleado público antes de que se produjera la integración y ello en virtud de los artículos 2.1, 8.1 c) y de la D.A 1ª del EBEP.

Conviene que recordemos el contenido de estos artículos. EL art. 2 del EBEP establece que el EBEP será de aplicación al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de una serie de Administraciones Públicas, entre las que se encuentran: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias “y *demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*” y las Universidades Públicas⁵⁸².

Por su parte, el art. 8 del EBEP hace alusión al concepto de empleados públicos y dispone que “*son empleados públicos quienes desempeñen funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”⁵⁸³.

En cuanto a la disposición adicional primera del EBEP, ésta hace referencia a que una serie de principios, los contenidos en los artículos 52 (deberes y código de conducta de los empleados públicos), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores) y 59 (personas con discapacidad), serán de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el art. 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica⁵⁸⁴.

En primer lugar, y para valorar si el personal de la extinta FAFPE y de los Consorcios UTEDLT tenían ya la condición de empleados públicos antes de que se llevase a cabo el procedimiento de reordenación del sector público andaluz, conviene

⁵⁸² Misma redacción la ofrecida por el art. 2 del TREBEP.

⁵⁸³ El artículo segundo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, entiende por Administraciones Públicas a: la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Entidades que integran la Administración Local; “*las Entidades de Derecho Público: cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas*”.

⁵⁸⁴ Misma redacción la ofrecida por la D.A 1ª del TREBEP.

que llevemos a cabo un breve recorrido por el régimen jurídico que regula a este tipo de Fundaciones y Consorcios.

2.1. Las fundaciones en el Sector Público Andaluz

Las Fundaciones del Sector Público Andaluz se regulan en la LAJA, clasificándolas esta norma en el art. 52.1 como “*Entidades Instrumentales Privadas*”, y disponiendo en su apartado 3º que “*tienen personalidad jurídica privada, por lo que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad*”.

Estas facultades de las que no pueden disponer las fundaciones del sector público son las potestades administrativas, que son otorgadas a las Administraciones Públicas para poder hacer efectivo el ejercicio de autoridad de las que la Ley las dota. Por tanto, no podrán ser ejercitadas por entidades de naturaleza privada aunque hayan sido creadas por la Administración, no resultando admisible que una fundación del sector público realizase actuaciones desde una posición de superioridad semejante a la que ocupa la Administración, ya que estaría actuando como si fuera un poder público, por lo que debería regirse por las normas de derecho público, y no por normas de derecho privado como es el caso de las fundaciones privadas del sector público⁵⁸⁵.

A diferencia de lo que ocurre cuando se opta por la constitución de un ente público instrumental, la creación de una fundación por una persona jurídico-pública no equivale a una descentralización de competencias⁵⁸⁶.

Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, el legislador ha optado por hacer una remisión expresa y general a la Ley 10/2015, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵⁸⁷, regulando únicamente en la LAJA el régimen de su personal⁵⁸⁸. El art. 78.2 de la LAJA establece que el personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se regirá por el

⁵⁸⁵ MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz*, Sevilla, IAAP, 2009, págs. 40 y ss.

⁵⁸⁶ MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz*, Sevilla, IAAP, 2009, pág. 41.

⁵⁸⁷ El art. 78. 1 de la LAJA establece que el concepto y régimen jurídico de las fundaciones del sector público andaluz será el previsto en la Ley 10/2015, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 17 de junio de 2005, núm. 117).

⁵⁸⁸ CHAMIZO DE LA RUBIA, J., *Consideraciones del Defensor del Pueblo, ...op. cit.*, pág. 31.

Derecho Laboral, siendo el orden jurisdiccional competente para resolver los conflictos que puedan plantarse entre los entes instrumentales privados reconocidos por la LAJA, de una parte, y sus empleados o aquellas personas que concurran a los procesos de selección de personal, de otra, el orden social⁵⁸⁹.

En este sentido, la LFA “*considera fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía: a) Aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía; b) Como aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes derechos aportados o cedidos por dichas entidades; c) Asimismo, serán consideradas aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria*” (art. 55). También, prescribe que su creación y extinción deberán de ser autorizadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (art. 56).

En cuanto a las funciones, el art. 57. 1 de la citada Ley establece que “*las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos. Además, podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas, salvo previsión legal expresa*”⁵⁹⁰.

Mediante Resolución de 23 de junio de 2003, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, se clasifica a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE) como de carácter social y se procede a aprobar sus Estatutos⁵⁹¹. La extinta Fundación era una organización sin ánimo de lucro perteneciente al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se regía por la LFA y por sus

⁵⁸⁹ CHAMIZO DE LA RUBIA, J., *Consideraciones del Defensor del Pueblo, ...op. cit.*, pág. 42.

⁵⁹⁰ Podemos decir, que los artículos 55, 56 y 57 de la LFA mantienen un contenido similar al del Capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, (BOE 27 de diciembre de 2002, núm. 310; rect. BOE 17 de abril de 2003, núm. 92), que regula las Fundaciones del sector público estatal.

⁵⁹¹ BOJA 4 de julio de 2003, núm. 127.

Estatutos⁵⁹².

El objeto principal de esta Fundación, según se declara en el art. 7 de sus Estatutos, es el fomento y promoción de los sectores productivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con especial incidencia de los sectores industriales locales, en el ámbito de la formación, fomento del empleo y asistencia técnica, desarrollando para ello, entre otras, las siguientes funciones: a) Ser instrumento para el fomento de la formación y el empleo en las empresas de los sectores productivos andaluces, con especial incidencia en el sector industrial local, facilitando el acceso de las empresas a los programas formativos y de empleo; b) Asesorar en la planificación de una oferta especializada en formación profesional adaptada a las demandas de cualificación profesional de Andalucía; c) Actuar como asesor y agente instrumental, al servicio de la política de formación y empleo en Andalucía, ante las Administraciones Públicas; d) Adecuar la oferta formativa y de empleo de conformidad con las estrategias, criterios y directrices que se marquen para los sistemas productivos locales; e) La cooperación con las autoridades e instituciones locales, provinciales, autonómicas y nacionales, así como con asociaciones, fundaciones privadas sin ánimo de lucro dedicadas a actividades semejantes, complementarias, accesorias o concurrentes, en el diseño y realización de proyectos y programas de desarrollo local, planes de formación y fomento de investigación e innovación en materia de formación profesional, etc.

A través de Resolución de 3 de abril de 2006, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, se aprueba la Carta de Servicios de la FAFPE⁵⁹³, con el propósito de facilitar a las personas usuarias la obtención de información, los mecanismos y la posibilidad de colaborar activamente en la mejora de los servicios proporcionados por la Fundación y conseguir una mejora de los servicios prestados a los usuarios.

2.2. Los consorcios en el Sector Público Andaluz

Los consorcios constituyen una figura jurídica para instrumentar la colaboración

⁵⁹² Según consta en escritura otorgada ante el Notario de Sevilla Don Luis Marín Sicilia de 29 de junio de 2007, con el número de protocolo 2432.

⁵⁹³ BOJA 20 de abril de 2006, núm. 74.

entre distintas Administraciones Públicas, con o sin la participación de particulares. Los consorcios públicos resultan de la agrupación de entidades públicas de diferente orden para la gestión de servicios y siguen el régimen jurídico de las Administraciones consorciadas, de acuerdo con la normativa que les resulta aplicable⁵⁹⁴.

Toscano Gil señala que un consorcio administrativo es una Administración Pública instrumental de base asociativa, dotado de personalidad jurídico-pública, que ejerce potestades administrativas y se rige por el Derecho Administrativo, y que se caracteriza por depender de un ente matriz, en realidad una pluralidad de entes matrices, en la medida en que lo integran, asociándose para ello diversas Administraciones Públicas, e incluso entidades privadas sin ánimo de lucro en identidad de fines con las Administraciones con las que se asocian, todas ellas de forma voluntaria. Incide el autor en que su base asociativa los diferencia de los organismos autónomos, la heterogeneidad en su composición de las mancomunidades de municipio, y su personalidad jurídico- pública de las sociedades mercantiles del sector público que no pueden ejercer potestades públicas ni regirse por el Derecho Administrativo⁵⁹⁵.

Y así lo define el art. 118 de la Ley 40/2015 de, 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁵⁹⁶, (en adelante, LRJSP), al establecer que *“los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias”*.

En cuanto a su régimen jurídico, se regirán por lo establecido en la LRJSP, en la normativa autonómica de desarrollo y en sus Estatutos. Y en lo no previsto en estas normas sobre el régimen del derecho de separación, disolución, liquidación y

⁵⁹⁴ “Sector Público Empresarial y Fundacional, Composición y estructura 2012”, Intervención General de la Administración del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda, pág. 16.

⁵⁹⁵ TOSCANO GIL, F., *El consorcio administrativo en la encrucijada*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA nº 3, enero-junio 2015, pág. 3.

⁵⁹⁶ BOE 2 de octubre de 2015, núm. 236.

extinción, se estará a lo previsto en el Código Civil sobre la sociedad civil, salvo el régimen de liquidación, que se someterá a lo dispuesto en el art. 97 de la LRJSP, y en su defecto, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁹⁷. Las normas recogidas en la LBRL y en la Ley 27/2013, de 21 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local sobre los Consorcios Locales⁵⁹⁸, tendrá carácter supletorio sobre lo dispuesto en la LRJSP (art. 119 LRJSP).

En cuanto a su régimen de adscripción, dispone el art. 120 de la LRJSP que “*los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que estará adscrito*”. El consorcio tiene personalidad jurídica de Derecho Público diferente e independiente de las entidades consorciadas. Responde a la idea de Administración instrumental, aunque con la peculiaridad de que no hay una única Administración fundadora sino que varias Administraciones Públicas realizan el papel de entidades matrices para crear entre todas ellas una sola entidad institucional, lo que hace que el consorcio tenga una dependencia menor de cada una de ellas. De ahí, que podamos asimilar la figura del consorcio a la categoría de Administración institucional o de ente instrumental de carácter público, aunque la concurrencia de distintas Administraciones ha llevado a calificarlas como personificaciones instrumentales de naturaleza corporativa o como Corporaciones interadministrativas⁵⁹⁹.

Nos encontramos, por tanto, ante Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia y vinculada o dependiente de las Administraciones Públicas y que, por tanto, tienen la consideración de Administración Pública⁶⁰⁰.

En cuanto, a la dotación de personal de los consorcios, el personal al servicio de estos podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes, siendo su régimen jurídico el de la Administración de adscripción. Cuando no sea posible contar con este personal por las singularidades de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones

⁵⁹⁷ BOE 3 de julio de 2010, núm. 161.

⁵⁹⁸ BOE 30 de diciembre de 2013, núm. 312.

⁵⁹⁹ REBOLLO RUIZ, M., *Jornadas de Estudios Sobre Consorcios Locales*, Granada, CEMCI, Temas de Administración Local, 1995, pág. 162.

⁶⁰⁰ ROMERO HERNÁNDEZ, F., *Jornadas de Estudios Sobre Consorcios Locales*, Granada, CEMCI, Temas de Administración Local, 1995, pág. 262.

Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por el consorcio (art. 121 LRJSP)⁶⁰¹.

Por tanto, podríamos decir que los nuevos consorcios que se constituyan no podrán contar con personal, a no ser que sean autorizados por los órganos competentes referidos en el párrafo anterior.

Por su parte, el apartado primero del art. 122 de la LRJSP hace referencia a que los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración Pública a la que estén adscritos.

También la LAJA va a regular el régimen jurídico de los consorcios. En su art. 12.1 señala que *“la Administración de la Junta de Andalucía podrá constituir con otras Administraciones Públicas y otras entidades públicas o privadas organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios”*.

La autorización para la creación de dichos consorcios o para la integración de la Junta de Andalucía en los mismos corresponderá al Consejo de Gobierno, que incluirá los Estatutos del consorcio. Una vez aprobados estos, serán publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, (en adelante, BOJA), y determinarán cuáles son las finalidades del consorcio, así como las particularidades de su régimen orgánico, financiero y funcional (art. 12. 2 LAJA).

El apartado tercero de este artículo añade que *“los consorcios que resulten adscritos a la Administración de la Junta de Andalucía han de someter su régimen orgánico, funcional y financiero al ordenamiento autonómico y estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control establecido en el TRHPJA”*.

Y así lo reflejan el art. 5 del citado Texto Refundido, al señalar que a los

⁶⁰¹ Uno de los problemas a que hacía alusión Toscano Gil (en *El consorcio administrativo en la encrucijada*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA nº 3, enero-junio 2015, págs. 10 y 11) sobre la imposibilidad de encontrar personal adecuado en las Administraciones consorciadas en los casos en que las funciones a desarrollar fueran muy específicas, derivado de que el personal de los consorcios exclusivamente deberá proceder de las Administraciones participantes, parece que podría quedar resuelto con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 121 LRJSP.

consorcios referidos en el art. 12.3 de la LAJA les será de aplicación el régimen presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que se establece en la presente Ley, en lo previsto en la misma, y el art. 97.2, al disponer que los consorcios definidos en el art. 12.3 de la LAJA se encuentran sometidos al régimen de contabilidad pública previsto en la presente Ley.

Los consorcios a los que se refiere la STS de 2 de octubre de 2013 y que suscitan el interés en el presente estudio, son los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local (UTEDLT)⁶⁰². Son, lo hemos avanzado ya, “*Corporaciones de Derecho Público*”, que gozan de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, poseen patrimonio propio afecto a sus fines específicos, y capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes y derechos, ejercitar acciones y recursos ordinarios y extraordinarios ante autoridades, Juzgados y Tribunales, aceptar legados y donaciones, tomar dinero a préstamo y, en general, realizar cuantos actos y contratos sean necesarios para su correcto funcionamiento, todo ello dentro de los límites y con sujeción a los Estatutos y al Ordenamiento Jurídico⁶⁰³.

Mediante Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 5 de abril de 2002, se dispuso la firma del acta de constitución de los consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, reflejados en el Anexo⁶⁰⁴ y se aprobaron sus Estatutos⁶⁰⁵.

Los consorcios UTEDLT’S se configuraron como un instrumento de impulso y

⁶⁰² El Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre la gestión de ayudas de la Junta de Andalucía a las UTEDLT, aprobado por Resolución de 25 de febrero de 2014 (BOJA 7 de marzo de 2014, núm. 45), define a los consorcios UTEDLT como entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, participados por el SAE y por la Administración local andaluza, a través de las corporaciones municipales y supramunicipales.

⁶⁰³ Estatutos del consorcio para la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Algarinejo, Huétor Tájar, Illora, Loja, Montefrío, Moraleda de Zafayona, Salar y Villanueva Mesía, Resolución de 12 de junio de 2002, de la Dirección General de Administración Local, art. 2 (BOJA 20 de julio de 2002, núm. 85).

⁶⁰⁴ En Cádiz: los consorcios UTEDLT’S del Campo de Gibraltar, Chiclana de la Frontera, de la Comarca Sierra de Cádiz, de Puerto Real, de El Puerto de Santa María, de San Fernando, en Córdoba: consorcios UTEDLT’S de la Comarca del Guadiato, de Conquista, Villanueva de Córdoba, Torrecampo, Dos Torres, El Guijo, Añora, Cardeña, Pozoblanco, Alcarraceros y Pedroche; en Huelva: consorcios UTEDLT’S de Ribera de Huelva y Sierra Minera; en Málaga: consorcios UTEDLT’S de Vélez- Málaga; en Sevilla: consorcios UTEDLT’S de Alcalá de Guadaira, Dos hermanas, del Bajo Guadalquivir, de Almadén de la Plata, Aznalcóllar, El Castillo de las Guardas, Gerena, Guillena.

⁶⁰⁵ BOJA 25 de mayo de 2002, núm. 61.

gestión de la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía y de las Entidades Locales que la integraban, dirigido a conseguir un mayor desarrollo endógeno en el territorio consorciado y a lograr acercar al ciudadano la gestión de sus asuntos administrativos. El objetivo era el de contribuir a un desarrollo equilibrado y sostenido del territorio que conforman todos los municipios integrantes del mismo, mediante la promoción de medidas para aprovechar las posibilidades que ofrece la creación de puestos de trabajo a nivel local, la economía social y las nuevas actividades ligadas a las necesidades aún no satisfechas por el mercado. Por último, pretendía posibilitar el acercamiento a los ciudadanos de las políticas y competencias de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, así como reforzar la eficacia de los servicios que las Entidades Locales prestan a los ciudadanos en el territorio que constituye el consorcio⁶⁰⁶.

Entre las funciones básicas de estos consorcios se encuentran: a) La información y asesoramiento (información pública general sobre los programas y servicios de la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico); b) La de recepción y entrega de documentación; c) La de apoyo a la tramitación administrativa (tramitación, ordenación y despacho de expedientes ante la Delegación provincial); d) Estudios y trabajos técnicos; e) Promoción de proyectos y otras iniciativas de desarrollo local; f) Prospección y estudio de necesidades de la zona; g) Análisis del entorno socioeconómico; h) Promoción del autoempleo ofreciendo servicio de atención personalizada; i) Creación de empresas; j) Dinamización y mejora de la competitividad de las Pymes en el territorio (adaptación a las nuevas condiciones de la economía en un mercado más amplio de carácter globalizador) .

En cuanto al régimen jurídico de los actos de los consorcios UTEDLT'S será el establecido, con carácter general, por las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales, pudiendo los interesados interponer, contra los actos y acuerdos del consorcio que pongan fin a la vía administrativa, previo recurso de reposición en los casos que proceda, recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción o Tribunal competente⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Estatutos del Consorcio para la UTEDLT'S,...op.cit, arts. 3 y 4.

⁶⁰⁷ Estatutos del Consorcio para la UTEDLT'S,...op.cit, arts. 27 y 28.

Y atendiendo al régimen del personal de estos consorcios, estos se regirán por la legislación laboral vigente, de forma que las condiciones de trabajo y salariales se desarrollarán de acuerdo con lo establecido en el ET y demás disposiciones laborales vigentes⁶⁰⁸.

En cuanto a su régimen contable, este llevará el mismo sistema de contabilidad que rige para las Corporaciones Locales, con independencia de que por el Consejo Rector pudieran establecerse otras formas complementarias para el estudio del rendimiento y productividad⁶⁰⁹.

Los consorcios, en consecuencia, forman parte de la administración pública y así se deduce claramente de la regulación vigente. Efectivamente, el art. 2 del EBEP introduce en el ámbito de aplicación de este, al personal laboral al servicio de una serie de Administraciones Públicas, entre las que se encuentran la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás “*Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*”. En consecuencia, claramente se encontraban incluidos en su ámbito de aplicación el personal de los consorcios UTEDLT, al tratarse estos de Entidades de derecho público.

La misma conclusión podemos extraer de la lectura del art. 2 de la LPAC, que entiende por Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, a la de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y, además, señala que las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán la consideración de Administración Pública.

Y para concluir con este apartado, debemos hacer referencia nuevamente a la citada STS de 2 de octubre de 2013, que como argumentación principal para su pronunciamiento declaró que el personal cuestionado (personal proveniente de la extinta FAFPE y de los consorcios UTEDLT) ya tenía la condición de empleado

⁶⁰⁸ Estatutos del Consorcio para la UTEDLT'S,...op.cit, arts. 43 y 44.

⁶⁰⁹ Estatutos del Consorcio para la UTEDLT'S,...op.cit, arts. 38.

público antes de que el Decreto 96/2011 dispusiera su integración en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo, ya que “*la FAFFE y los consorcios UTEDLT eran entes de derecho público con personalidad jurídica propia*”.

Ramos Moragues, en atención al ámbito de aplicación del EBEP, considera que a pesar del carácter universal perseguido por esta norma, que pretende alcanzar a todas las Administraciones Públicas, existen importantes exclusiones, como es el caso de las fundaciones del Sector Público, entidades privadas de la Administración que quedan excluidas de su ámbito de aplicación⁶¹⁰. En el mismo sentido, Mesa Vila alude a que el personal al servicio de las fundaciones del sector público se encuentra excluido del ámbito del EBEP, regulándose sus condiciones laborales a través del convenio colectivo y del Estatuto de los Trabajadores⁶¹¹.

De lo relacionado a lo largo de este apartado, debemos concluir que los consorcios UTEDLT eran Entidades de derecho público con anterioridad a que se produjera la reordenación del sector público andaluz, y así lo destaca Romero Hernández al manifestar que los consorcios tienen la consideración de Administración Pública, al tratarse de Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, dotadas de potestades administrativas, como así se deduce de sus Estatutos, encontrándose incluidos dentro del ámbito de aplicación de los artículos segundos del EBEP y de la LPAC⁶¹². Por tanto, debemos reseñar que el personal laboral proveniente de los consorcios UTDELDT ya tenía la condición de empleado público antes de que entrara en vigor la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía.

En cambio, discrepamos completamente de la STS de 2 de octubre de 2013 cuando declara que el personal proveniente de la extinta FAFFE ya tenía la condición de empleado público antes de que el Decreto 96/2011 dispusiera su integración en la Agencia SAE, “*por ser la FAFFE un ente de derecho Público con personalidad jurídica propia*”. Muy al contrario, las consideraciones efectuadas manifiestan que la FAFFE no era una Entidad de Derecho Público a las que hacen referencia los arts. 2

⁶¹⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...* op. cit., págs.78 y ss.

⁶¹¹ MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz*, Sevilla, IAAP, 2009, pág. 83.

⁶¹² ROMERO HERNÁNDEZ, F., *Jornadas de Estudios Sobre Consorcios Locales*, Granada, CEMCI, Temas de Administración Local, 1995, pág. 262.

del EBEP y de la LPAC, sino que su naturaleza responde a entidad de derecho privado con personalidad jurídica privada, sin cabida en al ámbito de aplicación de estos artículos. En consecuencia, debemos manifestar que la extinta FAFPE no tenía la consideración de Administración Pública, ni su personal la condición de empleado público, que sólo la poseerán aquellos que desempeñen funciones retribuidas en las Administraciones Públicas (art. 8 EBEP).

En el mismo sentido, Quesada Lumbreras considera que la regla general es la aplicación del EBEP al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública⁶¹³. Señala que lo esencial es que se trate de entes con personalidad jurídica de Derecho Administrativo y no de Derecho civil o mercantil, no aplicándose a las sociedades y fundaciones del sector público⁶¹⁴, salvo en lo previsto en los artículos 52, 53, 54 y 55 del EBEP, que se refieren a los deberes de los empleados públicos, principios éticos, principios de conducta y principios rectores de acceso al empleo público.

Por tanto, como conclusión, y a diferencia de lo establecido por la STS de 2 de octubre de 2013, considero que el personal proveniente de la extinta FAFPE no tenía la condición de empleado público con anterioridad a que se produjera el proceso de reordenación del sector público de Andalucía, y que la FAFPE no tenía la consideración de Entidad de Derecho Público, sino todo lo contrario, se configuraba como una Entidad de Derecho Privado.

3. Análisis del despido colectivo del personal de los Consorcios UTEDLT

Analizaremos, a continuación, el despido colectivo que afectó al personal perteneciente a los consorcios UTEDLT: 95 entidades en total, que daban empleo a unas 800 personas. El despido efectuado en estas entidades ha sido muy conflictivo pues, si bien inicialmente se declaró su legalidad por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁶¹⁵, algunos de estos pronunciamientos han sido recurridos, y,

⁶¹³ QUESADA LUMBRERAS, J., La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica núm. 317, septiembre-diciembre de 2011, pág. 153.

⁶¹⁴ En el mismo sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación, ...op. cit.*, pág. 75, (Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos empleados públicos).

⁶¹⁵ Entre otras, por las STSJ de Andalucía de 12 de febrero de 2013 (STSJ AND 2752/2013), de 21 de

posteriormente, declarados nulos por el Tribunal Supremo⁶¹⁶. Obviamente, estas circunstancias justifican que dichos pronunciamientos monopolicen nuestro análisis.

Como ya hemos aludido en el apartado anterior, nos encontramos en presencia de entidades de derecho público que, según sus estatutos, tienen personalidad jurídica propia e independiente de las entidades que la conforman, promovidas y participadas por la Consejería de Empleo a través del SAE y por las Entidades Locales.

Los consorcios UTEDLT presentaron expedientes de regulación de empleo para la extinción, que se produjo con fecha 1 de octubre de 2012⁶¹⁷, de los contratos de trabajo de los agentes locales de promoción y empleo (en adelante, ALPES) por la causa de insuficiencia presupuestaria sobrevenida para financiar los costes económicos, derivada de la sustancial reducción presupuestaria estatal de las políticas activas de empleo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012⁶¹⁸.

La decisión extintiva fue adoptada por la presidencia de los consorcios aunque, como manifiesta Vallecillo Gámez, no nos cabe duda de que la decisión se tomó en un ámbito superior, la Gerencia del SAE o la Consejería, ya que se produjo de manera simultánea en los 95 consorcios andaluces, hecho indicativo de una decisión política con base en el compromiso andaluz de adelgazar la denominada administración paralela⁶¹⁹.

Es necesario señalar que la financiación de los consorcios⁶²⁰, se realizaba con

febrero de 2013 (JUR/2013/223774), de 7 de marzo (STSJ AND 1618/2013, STSJ AND 1609/2013, STSJ AND 1611/2013), de 14 de marzo (STSJ AND 1617/2013), y 20 de marzo (STSJ AND 1649/2013)

⁶¹⁶ Entre otras, por las STS de 17 de febrero de 2014 (RJ/2014/2071), de 30 de diciembre de 2013 (STS 6374/2013), de 24 de marzo de 2015 (RJ/2015/1823), de 11 de marzo de 2015 (RJ/2015/1801), de 12 de diciembre de 2014 (RJ/2014/6769), de 20 de mayo de 2014 (RJ/2014/4355).

⁶¹⁷ Desde el día 1 de octubre de 2012 los consorcios UTEDLT dejaron de contar con dotación presupuestaria y personal (Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre la gestión de ayudas de la Junta de Andalucía a las UTEDLT, ejercicios 2010 a 2012, aprobado por Resolución de 25 de febrero de 2014, BOJA 7 de marzo de 2014, núm. 45, pág. 105).

⁶¹⁸ BOE de 30 de junio de 2012, núm. 156.

⁶¹⁹ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo. La irresoluta decisión de extinción de contratos del personal de las UTEDLT”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2014, pág. 3.

⁶²⁰ Los consorcios UTDELTS se financiaban con carácter anual, con cargo a subvenciones concedidas por el SAE (Orden de 21 de enero de 2004, BOJA 3/02/2004, núm. 22; modificada por Orden 23 de octubre de 2007, BOJA 16/11/2007, núm. 126; y por Orden de 17 de julio de 2008,

recursos propios de la Junta de Andalucía, con recursos de la Unión Europea en virtud del programa operativo Fondo Social Europeo para Andalucía 2007-2013, y con recursos que provenían del Ministerio de Empleo y Seguridad Social con carácter finalista, cubriendo a través de esta última vía los gastos de personal (ALPES)⁶²¹.

Frente a estas decisiones extintivas, fueron interpuestas demandas por el personal afectado (ALPES), dando lugar a numerosas sentencias del TSJA que contienen, todas ellas, prácticamente idénticos argumentos jurídicos⁶²². Como punto de referencia para el análisis de las resoluciones judiciales dictadas por el TSJA, vamos a tomar en consideración la STSJ de Andalucía de 21 de febrero de 2013 (JUR/2013/223774)⁶²³.

El Tribunal tiene en cuenta dos razonamientos fundamentales para estimar la decisión extintiva de los contratos por parte de los consorcios. En primer lugar, y como causa fundamental, la insuficiencia presupuestaria sobrevenida devenida del menor aporte de fondos procedentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En segundo lugar, la existencia de causas organizativas para justificar los despidos del personal que ostentaba el cargo de director, al establecer que sólo podrán seguir desempeñando sus funciones cuando existan ALPES y equipos de trabajo a los que

BOJA 25/07/2008, núm. 148), comprendiendo los gastos de personal de estructura básica (directores de UTEDLT) y de estructura complementaria (ALPES), estableciendo el art. 11.1 de la citada Orden, que el SAE financiará el 100% de los gastos de personal de estructura básica y hasta el 80%, 75%, o 70%, dependiendo del nº de habitantes del municipio, de los gastos salariales de la estructura complementaria, cuyo restante 20%, 25% o 30% de financiación, corresponderá a los Ayuntamientos consorciados. El art. 38 dispone que la concesión de las mencionadas ayudas está supeditada a la dotación presupuestaria para el correspondiente ejercicio económico. Los ALPES se encuadran dentro de los gastos de personal denominada estructura complementaria de los consorcios, y son financiados a través del servicio 18 (Subvenciones finalistas, en este caso del Ministerio de Empleo y Seguridad Social). Por su parte, los Directores de los consorcios, son encuadrados dentro de los gastos de personal denominados estructura básica, y son financiados a través de los servicios 1 y 16. (Hecho probado 7º STSJA 21 de febrero de 2013, JUR/2013/223774).

⁶²¹ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración...”, op.cit. pág. 3.

⁶²² ROJO TORRECILLA, E., “Los Alpes (andaluces) y los ERES. Una nota a dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestiman las demandas interpuestas por sus representantes”, El Blog de Eduardo Rojo, 9/07 2013, pág. 1.

⁶²³ La Sala de lo Social del TSJA en Sentencia de 21/02/2013 va a resolver demanda interpuesta por UGT, por considerar nulo o subsidiariamente improcedente el despido colectivo, contra la entonces Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, consorcio UTEDLT'S de Sierra Morena, SAE y Ayuntamientos de Andújar, Arjona, Arjonilla, Cazalilla, Escañuela, Espeluy, La Higüera, Lopera, Marmolejo, Porcuna, Villanueva de la Reina.

coordinar (Hecho Probado 9º)⁶²⁴.

La primera nota común de las citadas resoluciones se concentra en el hecho de la extinción de los contratos de los consorcios como consecuencia de la aludida insuficiencia presupuestaria sobrevenida para financiar los costes económicos. En el hecho probado 9º de esta sentencia, se expone que el informe de las subvenciones propuestas para todos los consorcios UTEDLT ascendía a 4.898.258,75 euros para 2012, que sumados a los compromisos de carácter plurianual adquiridos en el 2011 y que ascendían a 4.078.456,03 euros, importa que en Andalucía en 2012 se destinen créditos para el programa de los ALPES de los consorcios por un montante de 8.976.714,78 euros, siendo lo asignado por la Conferencia Sectorial de empleo y asuntos laborales de 24 de mayo de 2012 de 1.107.767 euros⁶²⁵. También consta que mediante Resolución de 11 de diciembre de 2012 se concedieron 94 subvenciones excepcionales a los consorcios por importe de 5.846.298,62 euros, destinados a cubrir los gastos de personal en concepto de indemnizaciones por las extinciones de los contratos de este personal⁶²⁶.

El Tribunal va a considerar que en relación con los ALPES, dada la financiación exclusivamente pública de estos consorcios y la situación de insuficiencia presupuestaria de los mismos, concurren las circunstancias para el despido colectivo por causas objetivas aducidas en el art. 52 e)⁶²⁷ y en la D.A Vigésima del ET⁶²⁸. Entiende el Tribunal que se produce una disminución de las aportaciones a los presupuestos de los consorcios de entidad suficiente, que no deja otra posibilidad que la extinción de dichos contratos, quedando constatada, por tanto, la causa económica, al depender el pago de su retribución de fondos ajenos a los Ayuntamientos.

⁶²⁴ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración...”, op.cit. pág. 4.

⁶²⁵ ROJO TORRECILLA, E., “Los Alpes (andaluces) y los ERES...”, op.cit., pág. 2.

⁶²⁶ STSJA de 21 de febrero de 2013, Hecho Probado décimo primero.

⁶²⁷ Establece el art. 52 e) ET, que *“el contrato podrá extinguirse, en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”*.

⁶²⁸ La D.A 20ª ET establece que a efectos de las causas de los despidos en las Administraciones Públicas, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes.

Considera también justificadas la existencia de causas organizativas que justifican el despido de los directores, pues esta insuficiencia presupuestaria va a hacer que estos no puedan seguir desempeñando las atribuciones que tenían asignadas al no tener ya ALPES y equipos de trabajo a los que coordinar⁶²⁹.

Vallecillo Orellana, a diferencia de la tesis adoptada por el Tribunal, estima que en ningún momento quedó justificado y acreditado el déficit trimestral previo al que obligaba la DA 20ª del ET, no apreciándose la situación persistente y sobrevenida de déficit presupuestario, ni tan siquiera, de pérdida presupuestaria de cada una de las entidades consorciadas o de las entidades locales, al presentar la mayoría de los consorcios remanente líquido positivo de Tesorería para gastos generales, no encontrándose, por tanto, en la situación de insolvencia exigida a la fecha de inicio de los ERE⁶³⁰.

Observa este autor, muy acertadamente, que los consorcios se encontraban a la espera de la subrogación de su personal en la agencia SAE, tal como preveía la Ley 1/2011, por lo que no comprende, atendiendo al carácter previsor de todo presupuesto, la resistencia a dar cumplimiento a esta ley ya que, siguiendo su tramitación legislativa, se debió dotar una previsión económica sobre la viabilidad de la inclusión de este colectivo en la agencia SAE. Considera, por tanto, que la causa económica fue forzada por el empleador andaluz con la finalidad de despedir al personal ALPE, pues, en último término, fue provocada por la falta de solicitud de la ayuda económica necesaria para mantener el Programa ALPE por parte de la propia Administración⁶³¹.

Por su parte, conviene hacer mención a los argumentos planteados en estos litigios por los demandantes. La primera cuestión se refiere a la esencial unidad de la Administración Pública, al manifestar que no es posible la existencia de un déficit presupuestario respecto de ninguno de sus organismos o dependencias. El debate no se plantea con tanta insistencia en este supuesto concreto, al tener cada consorcio

⁶²⁹ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 7º.

⁶³⁰ VALLECILLO ORELLANA, A., “El despido colectivo del personal ALPE de la Junta de Andalucía”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 43, 2016, págs. 303 y ss.

⁶³¹ VALLECILLO ORELLANA, A., “El despido colectivo del personal ALPE,..op.cit., págs. 309 y ss.

personalidad jurídica propia e independiente de las entidades que lo conforman, pudiendo ser examinado el ERE con independencia de la situación presupuestaria de la Agencia o Consejería en la que se encuentre orgánicamente integrado⁶³².

Una segunda cuestión que resulta de gran interés es la relativa a la obligatoriedad del SAE de subrogarse en la posición que, respecto de sus trabajadores, ostentaba los consorcios UTDELT, constituyendo un fraude de ley el que se haya procedido a la extinción de los contratos antes de haber disuelto los consorcios. Dicha previsión estaba recogida en el Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía⁶³³, en la Ley 1/2011, de 17 de febrero y en el Decreto 96/2011, de 19 de abril, como ya hemos aludido anteriormente. El motivo de impugnación se resume perfectamente por el Tribunal: *“el demandante, entiende que antes de la extinción de los contratos del personal que prestaba sus servicios en los consorcios existía la obligación del SAE, de haberse subrogado en los derechos y obligaciones de aquellos trabajadores”*⁶³⁴.

El Tribunal rechaza esta pretensión al no poder ser aplicada en ese momento la normativa que amparaba la subrogación (recordemos que la D.A 2ª del Decreto 96/2011, que disponía la integración del personal procedente de la FAFPE y de los consorcios UTEDLT en la Agencia SAE, había sido anulada por STSJA de 20 de febrero de 2012); sin olvidar, que el SAE no tiene competencias para disolver y liquidar los consorcios, correspondiendo dicha facultad al Consejo Rector, y que, al no existir la disolución de dichos consorcios, no concurre el requisito básico y esencial para que se pueda producir la indicada subrogación⁶³⁵.

El Tribunal desestima el resto de cuestiones planteadas por los demandantes, fundamentalmente: a) haber iniciado los consorcios las negociaciones con personas

⁶³² VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración...”, op.cit. pág. 6.

⁶³³ En su Anexo se recogía la extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios UTEDLT, siendo su resultante objeto de traspaso con carácter preferente al SAE, para su aplicación a las políticas activas de empleo, y con carácter secundario, a las Administraciones locales de ámbito territorial para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local.

⁶³⁴ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 6.

⁶³⁵ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 6; ROJO TORRECILLA, E., “Los Alpes (andaluces) y los ERES...”, op.cit., pág. 3.

no legitimadas; b) insuficiencia de documentación entregada; y, c) falta de buena fe en las negociación realizada en el periodo de consultas.

En cuanto al primer motivo, los actores aluden a que el único competente para ser citado y acudir al periodo de consultas es el Comité de Empresa. La Sala, sin embargo, entiende que, la decisión del consorcio de citar a todos los interesados, responde a que no sufrieren indefensión todos los que tuviesen un interés legítimo⁶³⁶.

Por su parte, y en relación a la documentación entregada, la Sala difiere de la opinión de los recurrentes, entendiendo que la documentación fue suficiente y justificadora de las causas del despido⁶³⁷.

Y en cuanto al tercer motivo, el Tribunal declara que no se detecta que hayan sido incumplidas las exigencias de negociar de buena fe, ya que se facilitó al Comité de Empresa las memorias justificativas de las causas de extinción de los contratos laborales, y además, se produjeron dos reuniones antes de levantarse el acta final sin acuerdo, en la que los interesados expusieron sus posiciones, y, *“porque al basarse la financiación en subvenciones y aportaciones de las Administraciones Públicas poco margen existía para mejorar las condiciones indemnizatorias ofertadas, pues deben ser compatibles con la disponibilidad presupuestaria que la legalidad permita”*⁶³⁸.

También conviene hacer mención a que la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, el SAE, Ayuntamientos y resto de representados, formularon la excepción de falta de legitimación pasiva, al entender que no eran los empleadores, sino que esa condición la ostentaban los consorcios. La Sala estima las excepciones de falta de legitimación pasiva planteadas y concluye que, efectivamente, la condición de empleador la ostentan cada uno de los consorcios UTEDLT, que disponen de personalidad jurídica propia e independiente, y tienen la capacidad de despedir⁶³⁹.

No obstante, estas sentencias del TSJA que declararon ajustado a derecho los

⁶³⁶ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 4.

⁶³⁷ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 4.

⁶³⁸ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 5.

⁶³⁹ STSJA de 21 de febrero de 2013, F.J 3.

despidos colectivos del personal de los consorcios, fueron recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, el cual, en una serie de sentencias con prácticamente idéntica argumentación, estimó los recursos de casación interpuestos por la representación procesal del personal despedido, y declaró nulo los despidos efectuados con fecha 1 de octubre de 2012 y el derecho de los trabajadores despedidos a reincorporarse a sus puestos de trabajo⁶⁴⁰.

Como referencia para el análisis de las sentencias dictadas por el TS, vamos a tomar en consideración la STS de 17 de febrero de 2014 (RJ/2014/2071)⁶⁴¹.

Muy variados y de gran trascendencia son los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente. Destacamos únicamente los más interesantes: a) defectos durante el periodo de consultas, inexistencia de medidas sociales de acompañamiento (no se ofreció un plan de recolocación, obligatorio porque el número de trabajadores afectados se aproximaba a los 800); b) incumplimiento del deber de negociar con buena fe (la parte empleadora no propuso alternativas, apostando únicamente por el despido de toda la plantilla); c) inexistencia de causa económica que justifique la decisión extintiva (la dotación presupuestaria para financiar estos programas sólo fue reducida y no suprimida, y no concurre la insuficiencia presupuestaria si se está al déficit de la Junta de Andalucía en su conjunto); d) inexistencia de causa económica y de causa organizativa respecto a los directores de los consorcios (que no sólo se dedicaban a la coordinación de los equipos ALPES, existiendo Ayuntamientos en los que existían directores sin personal ALPE),

A pesar de esta variedad, la Sala, atendiendo a criterios de economía procesal, trata de manera prioritaria el motivo alegado de fraude de Ley en la decisión empresarial (*“al procederse primero al despido de todos los trabajadores para*

⁶⁴⁰ Entre otras, por las STS de 17 de febrero de 2014 (RJ/2014/2071), de 30 de diciembre de 2013 (STS 6374/2013), de 24 de marzo de 2015 (RJ/2015/1823), de 11 de marzo de 2015 (RJ/2015/1801), de 12 de diciembre de 2014 (RJ/2014/6769), de 20 de mayo de 2014 (RJ/2014/4355).

BOE de 30 de junio de 2012, núm. 156.

⁶⁴¹ La Sala de lo Social del TS en Sentencia de 17/02/2014 va a resolver recurso de casación interpuesto por UGT, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJA de 21 de febrero de 2013, estimando dicho recurso de casación y revocando dicha Sentencia del TSJA. Declara el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo, con condena solidaria de los codemandados la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, el Consorcio UTEDLT'S de Sierra Morena, el SAE y los Ayuntamientos de Andújar, Arjona, Arjonilla, Cazalilla, Escañuela, Espeluy, La Higuera, Lopera, Marmolejo, Porcuna, Villanueva de la Reina.

disolver luego los consorcios y de esta forma hacer innecesaria subrogación alguna por parte del SAE”)⁶⁴².

El Tribunal considera que en la sentencia “*se está enjuiciando la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, con la que se ha pretendido eludir toda la normativa autonómica que prescribía la obligada asunción del personal por parte del SAE*”⁶⁴³.

Y esta normativa, a la que ya hemos hecho alusión a lo largo de este trabajo, es la relativa a la previsión de subrogación del SAE en las relaciones jurídicas de los Consorcios y de su personal una vez disueltos o extinguidos estos⁶⁴⁴. Se trata, de la Ley 1/2011, de 17 de febrero⁶⁴⁵, del Decreto 96/2011, de 19 de abril⁶⁴⁶, de la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el SAE⁶⁴⁷ y del Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía.

Debemos mencionar que el citado Acuerdo de 27 de julio de 2010 tiene gran relevancia para el pronunciamiento que estamos considerando, ya que, como hemos indicado anteriormente, preveía ya desde el año 2010, y en relación con la reducción de entidades instrumentales por la Junta de Andalucía, la extinción de los consorcios UTEDLT por una comisión liquidadora, siendo su resultante objeto de traspaso, en

⁶⁴² STS de 17 de febrero de 2014, F.D 2 y 3.

⁶⁴³ STS de 17 de febrero de 2014, F.D 4.

⁶⁴⁴ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración...”, op.cit. pág. 7.

⁶⁴⁵ Concretamente, el art. 8 y la D.A 4ª. El art. 8. 5 establece la subrogación del SAE en todas las relaciones jurídicas del personal de los consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción, y la D.A 4ª prevé en el caso de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas con representación mayoritaria de la Administración de la Junta de Andalucía, la integración del personal afectado en las agencias empresariales o de régimen especial que asuman los fines de aquellas.

⁶⁴⁶ Como ya hemos indicado, la D.A 2ª del Decreto 96/2011, regula la integración del personal laboral de los consorcios UTEDLT en la Agencia SAE, desde que se produzca su disolución o extinción, previendo la aplicación del art. 44 del ET.

⁶⁴⁷ Esta Resolución, también aludida con anterioridad, dedica su regla 4ª a la regulación de la incorporación del personal laboral de los consorcios UTEDLT, estableciendo, que “*desde la fecha efectiva de la disolución de cada consorcio, la Agencia SAE quedará subrogada en calidad de empleador en la totalidad de los contratos laborales del personal de los mismos, con todos los derechos y obligaciones laborales y sociales inherentes, de acuerdo con lo establecido en el art. 44 del ET*”.

los términos fijados por la misma y con carácter preferente al SAE, para su aplicación a fines y servicios de las políticas activas de empleo, y con carácter secundario a las Administraciones Locales para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local (apartado 1º del Anexo). Por tanto, se deduce claramente que la intención por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía de liquidar los Consorcios se preveía con carácter previo a la extinción de las relaciones laborales del personal de los consorcios UTEDLT (que se produjo con efectos del día 1/10/2012).

Por otra parte, no debemos olvidar, que la STSJA de 20 de febrero de 2012 (STSJ AND 12468/2012), declaró nula y no conforme a derecho la D.A 2ª del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el se aprueban los estatutos del SAE, por vulneración de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la CE, y que posteriormente esta sentencia fue recurrida en casación y anulada por la STS de 2 de octubre de 2013 (STS 4706/2013)⁶⁴⁸, que reconoció la validez jurídica de dicha disposición y de la normativa que regula la integración en la Agencia SAE del personal laboral de los consorcios UTDELT⁶⁴⁹.

La importancia de este pronunciamiento, la STS de 2 de octubre de 2013, resulta de gran interés porque debemos relacionarla con las dictadas por el TSJA en los procesos por despidos colectivos derivados de la desaparición jurídica de los consorcios UTEDLT, todas ellas con fallo contrario a la petición de nulidad de la decisión empresarial⁶⁵⁰.

Por tanto, señala el Tribunal que la revocación por el TS de la sentencia del TSJA que anulaba la D.A 2ª del Decreto 96/2011, priva de toda fuerza al argumento

⁶⁴⁸ En el mismo sentido, la STS de 30 de diciembre de 2013 (STS 6374/2013), F.D 5º, argumenta que la integración que tales Estatutos contemplan no es ilegal o discriminatoria y resulta coherente con el art. 44 del ET, porque *pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida*.

⁶⁴⁹ ROJO TORRECILLA, E., “FAFFE, Consorcios UTEDLT, Los Alpes, ASAE, ERES. Detrás de las siglas, el debate sobre el mantenimiento del empleo y las condiciones de acceso y promoción en el sector público. Una nota a la STS (C-A) de 2 de octubre”, El Blog de Eduardo Rojo, 13/10/2013, págs. 1 y ss.

⁶⁵⁰ ROJO TORRECILLA, E., “FAFFE, Consorcios UTEDLT, ALPES, ASAE...”, op.cit. pág. 1.

sobre la imposibilidad de subrogación⁶⁵¹. En esta línea, el TS rechaza las conclusiones del TSJA frente a la afirmación de la parte demandante de que la Administración estaba dilatando la disolución de los consorcios, extinguiendo primero la relación laboral, para después acordar la disolución sin posibilidad de subrogación, al no existir vínculo laboral vivo en que haya de subrogarse⁶⁵². Tampoco aprecia el suficiente rigor lógico en las argumentaciones que realiza el TSJA para justificar la inexistencia de fraude de ley⁶⁵³.

Explica el Tribunal, por un lado, que el TSJA para justificar la no disolución de los consorcios, al declarar que aún quedaban pendientes consecuencias administrativas diferidas, como el pago de las indemnizaciones, parte de la petición de principio de que procedía el despido colectivo, y olvida que esas consecuencias diferidas no son funciones propias del consorcio, sino las que acompañan a la disolución de cualquier ente. Por otra parte, en cuanto a las apreciaciones sobre el sujeto legitimado para disolver el consorcio UTEDLT y la observación de que sin disolución no procede la subrogación, la Sala considera que precisamente esos hechos constatan la existencia de los elementos del fraude de Ley apreciado⁶⁵⁴.

El Tribunal menciona que se ha optado por la opción más gravosa económicamente, la de despedir a los trabajadores en vez de disolver los consorcios UTEDLT que hubiese sido lo más razonable. Dicha decisión, se argumenta, supone un gasto cuantioso por las indemnizaciones que finalmente tuvieron que ser abonadas por la Junta de Andalucía, y que supuso una subvención excepcional por importe de 5.846.298,62 euros. Frente a ella, la disolución de los consorcios suponía una decisión económicamente beneficiosa para los distintos entes implicados, legalmente prevista y protectora de los derechos laborales, permitiendo la subrogación del

⁶⁵¹ STS de 17 de febrero de 2014, F.D 5º.

⁶⁵² La STSJA de 20 de febrero de 2012 alude a que la falta de personal del consorcio, no implica su obligada disolución, al existir consecuencias administrativas diferidas en el tiempo que deben ser resueltas, como son las indemnizaciones..., y que el SAE no tiene competencias para llevar a cabo la disolución y liquidación de los consorcios, sino que corresponde al Consejo Rector..., y que no existiendo la disolución de estos, no concurre el básico y esencial requisito para que se pueda producir la subrogación..., y que la norma que sustenta dicha subrogación D.A 2ª Decreto 96/2011, no podían ser aplicadas a la fecha de las decisiones extintivas del personal de los consorcios, dado que se encontraban anuladas por STSJA.

⁶⁵³ STS de 17 de febrero de 2014, F.D 6º.

⁶⁵⁴ STS de 17 de febrero de 2014, F.D 6º.

personal afectado en la Agencia SAE. Conforme a estos razonamientos, la decisión adoptada parece tener como única finalidad, fraudulenta, la de despedir a los trabajadores con carácter previo a la disolución, evitando la subrogación legalmente establecida.

Por tanto, la decisión de proceder al despido del personal y no la de optar por la disolución de los entes, es la causa que lleva al Tribunal a considerar que la decisión empresarial se ha adoptado con una clara desviación de poder y que, precisamente por ello, comporta fraude de Ley consistente en evitar la aplicación de la normativa autonómica sobre la integración del Consorcio en el SAE⁶⁵⁵.

Desviación de poder contemplada en el art. 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (en adelante, LJCA)⁶⁵⁶, y que, como hemos referido, comporta en el ámbito laboral el fraude de Ley a que hace alusión el art. art. 6.4 del Código Civil, que establece: *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado eludir”*.

Por tanto, podemos decir, que el Tribunal entiende que lo que ha pretendido la Administración Pública implicada, bajo la apariencia del cumplimiento de la normativa reguladora de los despidos colectivos, es evitar la integración del personal del consorcio UTEDLT en la Agencia SAE. Y por tanto, procede a estimar el recurso de casación interpuesto por UGT y a revocar la STSJA de 21 de febrero de 2013, declarando nula la decisión extintiva de efectos 1 de octubre de 2012 y el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo, con condena solidaria de los codemandados⁶⁵⁷.

En la actualidad, de los aproximadamente 800 ALPES que fueron despedidos se han reincorporado al SAE alrededor de 480, el resto, se encuentran pendiente de

⁶⁵⁵ STS de 17 de febrero de 2014, F.D 7º.

⁶⁵⁶ El art. 70.2 de la LJCA (BOE 14 de julio de 1998, núm. 167) dispone que *la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*.

⁶⁵⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración...”, op.cit. pág. 9.

reincorporación. Dentro del SAE, este personal se ha reubicado en las oficinas y centros de empleo y en las distintas Direcciones Provinciales del SAE en Andalucía. Entre las tareas encomendadas, hasta el momento, se encuentran las de dinamización en los puntos de información, las vinculadas con la orientación a personas desempleadas en la búsqueda de empleo y las tareas que desarrollan los agentes de empresa, dispositivo especial, con implantación en toda la Comunidad Autónoma para la atención a empresas en materia de recursos humanos y empleo⁶⁵⁸.

4. Análisis de los despidos de los Asesores y Promotores de Empleo (Plan PEMO)

Para abordar este apartado, debemos hacer una pequeña alusión a los programas especiales que propiciaron la contratación de Asesores/as y Promotores/as de empleo por el SAE; esclarecida esta cuestión, analizaremos las diferentes respuestas jurídicas que han propiciado los Tribunales de Justicia a los recursos interpuestos por los Asesores/Promotores de empleo tras ser despedidos por el SAE.

La situación económica y social existente en los primeros momentos de la crisis propició la aprobación del Real Decreto Ley 2/2008, de 21 de abril, de Medidas de Impulso de la Actividad Económica⁶⁵⁹. En su art. 8 se autorizaba al Gobierno de la nación a la aprobación de un Plan Extraordinario de medidas de Orientación, Formación Profesional e Inserción Laboral (en adelante, PEMO), destinado a incrementar la contratación laboral y el reforzamiento de la estabilidad profesional de las personas desempleadas y de aquellas que se encontraban excluidas del mercado laboral. Dicho Plan, que se aprobó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008⁶⁶⁰, fue objeto de aplicación en todo el territorio de la nación y su gestión fue realizada por las Comunidades Autónomas y por el SEPE. Además, también contemplaba subvenciones para el proceso de búsqueda de empleo y para

⁶⁵⁸ Servicio Andaluz de Empleo, CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO, (<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/sae/areas/servicios-empresas/agentes-empresa.html>), Consultado el día 16/05/2017.

⁶⁵⁹ BOE 22 de abril de 2008, núm. 97.

⁶⁶⁰ Presuntamente publicado en el BOE 5 de julio de 2008. Pues, como dice la STS de 3 de junio de 2014 (RJ/2014/5195), FD 4º no existe tal publicación, lo que se publica en dicho BOE es la Orden TIN 1940/2008, de 4 de julio, por la que se distribuyen las subvenciones a las distintas CCAA para la ejecución de dicho Plan para el período septiembre-diciembre 2008. Por tanto, para la deducción de dicho plan debemos acudir a lo establecido por el art. 8 del R.D. Ley 2/2008, de 21 de abril.

facilitar la movilidad geográfica.

A través del citado Acuerdo se aprobó llevar a cabo acciones de inserción laboral y de formación profesional, mediante la contratación de 1.500 Orientadores que debían realizar Itinerarios Personalizados de Inserción para los desempleados⁶⁶¹.

La financiación de esa contratación se estableció por Orden TIN/1940/2008, de 4 de julio⁶⁶², por la que se distribuyeron, para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, subvenciones para financiar el coste del PEMO durante 2008⁶⁶³, subvención que volvió a arbitrase para el ejercicio 2009 en virtud de la Orden TIN/381/2009, de 18 de febrero⁶⁶⁴.

Para el desarrollo, gestión e implementación del Real Decreto Ley 2/2008, de 21 de abril, en el territorio andaluz, la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través del SAE, consideró necesario abordar en una Orden de desarrollo todas las medidas diseñadas en el PEMO. La Orden de 31 de octubre de 2008, por la que se establece el Plan Extraordinario para la Mejora de la Empleabilidad de las Personas Demandantes de Empleo y se regulan y convocan las ayudas para la ejecución del mismo⁶⁶⁵ (en adelante, Plan MEMTA). Para desarrollar el Plan MEMTA, y atendiendo a la Orden TIN/1940/2008, de 4 de julio, el SAE procedió a la contratación por obra y servicio, y con carácter excepcional, de personal laboral temporal, entre el que se encontraba el colectivo de Orientadores de Empleo⁶⁶⁶. Se procedió, así, al refuerzo de las oficinas de empleo con la contratación de 413 Orientadores de Empleo para el ejercicio de las funciones de Asesor de Empleo definidas en el Plan PEMO.

⁶⁶¹ STS de 17 de junio de 2014 (Rec. n° 2351/2013), F.D 3.

⁶⁶² En el Anexo I apartado a), y en cuanto a los criterios objetivos de distribución del coste imputable al ejercicio 2008 del Plan PEMO, establece que “*para la contratación de orientadores, se aplica al número de oficinas de empleo de cada Comunidad Autónoma, con presencia de efectivos del SEPE. Se financia el coste de 35.000 euros/año para la contratación de dos orientadores por oficina de empleo (período septiembre-diciembre de 2008)*”.

⁶⁶³ Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008 (BOE 5 de julio de 2008, núm. 162).

⁶⁶⁴ BOE 23 de febrero de 2009, núm. 46.

⁶⁶⁵ BOJA 6 de noviembre de 2008, núm. 221.

⁶⁶⁶ MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Comunicado del Defensor del Pueblo Andaluz, de 3 de noviembre de 2015, sobre las personas trabajadoras del extinguido plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo, pág. 1.

Mediante Instrucción 3/2008, de 6 de noviembre, de la Dirección General de Empleabilidad e Intermediación Laboral del SAE, se estableció el Protocolo de Actuación de los Asesores y Asesoras de Empleo en las oficinas del SAE, indicándose en su apartado tercero, que al incorporarse a las oficinas, estos se integrarán en el equipo y la dinámica de trabajo de la misma, con la peculiaridad de que su desempeño profesional ha de estar en todo momento ligado a las personas participantes en el Plan MEMTA⁶⁶⁷.

Posteriormente, y a través del Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas⁶⁶⁸, se habilitó al Gobierno para la aprobación de la prórroga durante dos años más del Plan PEMO, pero referida exclusivamente a la medida consistente en la contratación de los 1.500 Orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo (D.F 1ª).

En ejecución de esta habilitación se adoptó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009, y, como desarrollo, se dictó la Orden TIN/2183/2009, de 31 de julio, por la que se distribuyen territorialmente, para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las subvenciones para financiar el Plan durante el año 2009⁶⁶⁹, financiación que extiende, en virtud de la Orden TIN/835/2010, de 26 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2010⁶⁷⁰.

Posteriormente, el art. 13 del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁶⁷¹, volvió a autorizar al Gobierno para una nueva prórroga del Plan PEMO hasta el 31 de diciembre de 2012. Dicha autorización, al igual que ocurrió el año anterior, se refería exclusivamente a la medida consistente en la contratación de los 1.500 Orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo. La medida se mantiene hasta el 31 de diciembre de 2012, en virtud de diversas modificaciones normativas (art. 13 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado

⁶⁶⁷ STSJA de 17 de septiembre de 2015 (R. 1869/2014), AH 5º.

⁶⁶⁸ BOE 7 de marzo de 2009, núm. 57.

⁶⁶⁹ BOE 8 de agosto de 2009, núm. 191.

⁶⁷⁰ BOE 1 de abril de 2010, núm. 79.

⁶⁷¹ BOE 17 de junio de 2010, núm. 147.

de trabajo⁶⁷², modificado por el art. 16 del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo⁶⁷³). La financiación de la última prórroga se aprobó por Orden TIN/886/2011, de 5 de abril⁶⁷⁴.

Por su parte, en 2010, y en virtud del art. 15 del citado Real Decreto Ley 13/2010, y para reforzar a las personas demandantes de empleo y a las empresas, se aprueba una nueva incorporación de 1.500 nuevos promotores de empleo que realizarán su actividad desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 30 de junio de 2012. En atención a este Real Decreto Ley, el SAE va a proceder a la incorporación de 413 Promotores de Empleo en sus oficinas de empleo, con carácter excepcional y mediante contratos de duración determinada de obra y servicio, para desarrollar las actuaciones, que según el art. 17 de este Real Decreto Ley, debían desarrollar los Asesores de Empleo, y que consistirían en: a) atención directa y personalizada a las personas desempleadas; b) información a las empresas y prospección del mercado laboral de su entorno; c) seguimiento de las actuaciones realizadas con las personas desempleadas y las empresas⁶⁷⁵.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, aprobada mediante Ley 2/2012, de 29 de junio⁶⁷⁶, no va a mantener la prórroga de los contratos englobados en el Plan PEMO, lo que provocó la extinción masiva de las relaciones laborales de trabajadores adscritos al SAE⁶⁷⁷, extinciones que se han impugnado ante la Jurisdicción.

Las demandas por despidos planteadas por los Asesores/Promotores de Empleo, han concluido, ante supuestos sustancialmente iguales, con pronunciamientos judiciales diferentes que, en algunos casos han reconocido la procedencia de los

⁶⁷² BOE 18 de septiembre de 2010, núm. 227.

⁶⁷³ BOE 3 de diciembre de 2010, núm. 293.

⁶⁷⁴ BOE 12 de abril de 2011, núm. 87.

⁶⁷⁵ Esta descripción algo más detallada por el art. 17 del RD Ley 13/2010 de las funciones a desempeñar por los trabajadores concernidos *“se sigue correspondiendo con las tareas ordinarias y permanentes de cualquier asesor de empleo y no sería suficiente para cumplir el requisito de identificación precisa de un servicio determinado con autonomía y sustantividad propia, justificador de la modalidad contractual que se ha utilizado”* (FD 1 STSJA de 17 de septiembre de 2015).

⁶⁷⁶ BOE 30 de junio de 2012, núm. 156.

⁶⁷⁷ MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Comunicado del Defensor del Pueblo..., op.cit., pág. 2.

despidos llevados a cabo por el SAE⁶⁷⁸, en otros la improcedencia⁶⁷⁹, e, incluso, en algunos supuestos, la nulidad⁶⁸⁰.

Ante esta situación, los trabajadores afectados consideran que se ha producido una clara discriminación por parte de la Junta de Andalucía al actuar de forma diferente ante pronunciamientos judiciales similares⁶⁸¹. Manifiestan que el SAE ha ejecutado algunas sentencias y otras no, al igual que ha optado por no recurrir sentencias desfavorables en algunos casos, mientras que sí ha recurrido otras idénticas.

Los Asesores y Promotores de Empleo, tras ser despedidos por el SAE iniciaron procedimientos individuales por despido, que tuvieron diferentes respuestas por los Juzgados de lo Social, y también por la Sala de lo Social del TSJA que resolvió los recursos de suplicación planteados pronunciándose, en ocasiones, como ya hemos mencionado antes, a favor de la procedencia del despido, y, en otras, considerándolo improcedente o nulo.

Aunque los despidos de estos colectivos de trabajadores atienden a circunstancias similares, vamos a comenzar haciendo mención al colectivo de Asesores de Empleo, para después continuar con los Promotores de Empleo.

En cuanto a los Asesores de Empleo, 413 en total, la mayoría fueron contratados por el SAE el 6 de octubre de 2008, en virtud del Plan PEMO, mediante contratos para obra o servicio determinado que fueron prorrogados hasta en tres ocasiones. La contratación inicial se realizó al amparo de lo dispuesto en el citado

⁶⁷⁸ STSSJ de Andalucía, de 23 de mayo de 2013 (AS/2013/1956).

⁶⁷⁹ Entre estos pronunciamientos judiciales se encuentran, las STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2016 (S. 923/2016), de 18 de febrero de 2016 (S. 1174/2016), de 14 de enero de 2016 (S. 304/2016), de 26 de noviembre de 2015 (S. 12277/2015), de 10 de noviembre de 2015 (S. 12110/2015), de 23 de septiembre de 2015 (S. 9667/2015) y de 17 de septiembre de 2015 (S. 10047/2015) y las STS de 29 de marzo de 2016 (R. 2856/2014), de 6 de abril de 2016 (R. 3401/2014), de 18 de febrero de 2016 (R. 2855/2014), de 14 de enero de 2016 (R. 2858/2014), de 23 de octubre de 2015 (R. 2859/2014), de 14 de septiembre de 2015 (R. 1945/2014), de 25 de noviembre de 2014 (R. 181/2014), de 14 de septiembre de 2015 (R. 2416/2014), de 21 de julio de 2015 (R. 1407/2014), de 17 de julio de 2015 (S. 2248/2014), de 8 de julio de 2015 (R. 1604/2014), de 18 de junio de 2015 (R. 1600/2014), de 28 de abril de 2015 (2522/2014) y 21 de abril de 2015 (R. 2261/2013).

⁶⁸⁰ Entre otras, las STSJ de Andalucía de 11 de junio de 2015 (S. 5512/2015), de 3 de junio de 2015 (S. 5625/2015), de 21 de mayo de 2015 (S. 4504/2015), de 14 de mayo de 2015 (S. 4533/2015), de 15 de abril de 2015 (S. 2770/2015), de 22 de enero de 2015 (R. 2952/2013).

⁶⁸¹ MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Comunicado del Defensor del Pueblo..., op.cit., pág. 1.

Real Decreto Ley 2/2008, de 21 de abril, y las prórrogas encuentran su razón de ser en que el Plan PEMO fue también prorrogado por los Reales Decretos Leyes 2/2009, de 6 de marzo y el 13/2010, de 3 de diciembre, que lo prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en que finalizaron los contratos de los Asesores de Empleo aludiendo a la falta de prórroga del Plan PEMO y su correspondiente consignación presupuestaria⁶⁸².

Los representantes procesales de los Asesores de Empleo pretenden en sus demandas la declaración de nulidad de los despidos por vulneración de los trámites establecidos en el art. 51 ET, al haberse despedido a 413 Asesores de Empleo; subsidiariamente, solicitan la declaración de improcedencia de los mismos. Alegan los reclamantes que la obra o servicio objeto del contrato carece de autonomía y sustantividad propia ya que, en realidad, fueron contratados para atender las tareas ordinarias y habituales de las oficinas de empleo, produciéndose, por tanto, un fraude en la contratación temporal. En todo caso, el despido efectuado debió seguir los trámites del despido colectivo, circunstancia que determinaría la nulidad de todos los despidos efectuados⁶⁸³.

Por su parte, el SAE se opone a estas pretensiones manifestando que la contratación se ha realizado a través del Plan PEMO que fue aprobado por el RDL 2/2008, de 18 de abril, para dar respuesta y atención a los desempleados, y que estaba condicionado a una causa de temporalidad prevista en la Ley⁶⁸⁴.

Ante la pretensión de los recurrentes de que los despidos sean considerados nulos o subsidiariamente improcedentes, como hemos comentado anteriormente, se han producido pronunciamientos judiciales dispares.

EL TSJ de Andalucía en Sentencia de 22 de enero de 2015, en el mismo sentido que la STS de 23 de septiembre de 2014 (R. 1303/2013), da la razón a la parte recurrente y declara que el Plan PEMO “*no tiene autonomía y sustantividad propia*

⁶⁸² ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal y no por decisión empresarial? ¿Despidos improcedentes a efectos del umbral de los despidos colectivos? Inaplicación de la Directiva de 1998 a los despidos en el sector público? Notas a la importante STS de 21 de abril (Caso Servicio Andaluz de Empleo), El Blog de Eduardo Rojo, 11/06/2015, pág. 1.

⁶⁸³ STSJA de 22 de enero de 2015, (R. 2952/13), F.D. 1.

⁶⁸⁴ STSJA de 22 de enero de 2015, (R. 2952/13), F.D. 1.

dentro de la actividad de la empresa, tal como exige el art. 15.1 ET”, ya que las tareas que realizan los Asesores de Empleo son las que habitualmente se desarrollan en los servicios de empleo, no cumpliendo, por tanto, las contrataciones temporales los requisitos del art. 15 ET. También refiere que no se ha tenido en cuenta la falta de consignación presupuestaria o la supeditación de dicha extinción a la finalización de la ejecución de las acciones de refuerzo, que podrían haberse extendido en el tiempo, sino que se fija una fecha de finalización determinada. Por tanto, va a considerar que se trata de una contratación fraudulenta e indefinida⁶⁸⁵. Por su parte, califica el despido como nulo, ya que al considerar indefinida la relación laboral y quedar acreditado el despido de 413 Asesores en la misma fecha, superando el umbral establecido por el art. 51 ET, deberían de haberse seguido los trámites del despido colectivo del art. 124 de la LRJS⁶⁸⁶.

De forma contraria, se pronuncia el TSJ de Andalucía en Sentencia de 23 de mayo de 2013 (AS/2013/1956)⁶⁸⁷, cuando afirma que la circunstancia de que las actoras realizasen las mismas funciones que los trabajadores del SAE es intrascendente, ya que fueron nombradas para hacer frente al aumento de trabajo derivado del elevado volumen de desempleados. Alude a que los sucesivos Reales Decretos Leyes dan cobertura al contrato y prórrogas y son el objeto del contrato temporal, y por tanto, no pueden ser calificados de fraudulentos. Y en cuanto a la vigencia de esta normativa, declara que sólo podrá ser cuestionada a través de la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁸⁸.

Por su parte, la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2015 (R. 1398/2014), aunque califica a la contratación de este personal como fraudulenta, al considerar que la ejecución del Plan PEMO no es el servicio determinado justificador de la contratación realizada, ya que estaba claro que el objeto de los contratos era llevar a

⁶⁸⁵ STSJA de 22 de enero de 2015, (R. 2952/13), F.D. 2.

⁶⁸⁶ STSJA de 22 de enero de 2015, (R. 2952/13), F.D. 2.

⁶⁸⁷ En el mismo sentido, se pronuncia la Sala de lo Social en STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2013 (R. 193/201), al entender que las funciones atribuidas por el art. 17 del RD Ley 13/2010 forman parte del trabajo habitual y ordinario de los servicios públicos de empleo, y teniendo en cuenta que estamos ante una norma especial con rango de Ley dictada para un supuesto determinado, y dado que la contratación se ajustó a las previsiones de normas legales, se ha de concluir que el cese de los trabajadores no es ilícito sino la extinción prevista conforme a sus normas reguladoras (F.D. 1).

⁶⁸⁸ STSJA de 23 de mayo de 2013, (AS/2013/1956), F.D. 5.

cabo las labores permanentes de la oficina de empleo para hacer frente a las necesidades derivadas del continuo aumento del número de desempleados durante esos años, y que debió atenderse mediante contratos indefinidos, va a declarar los despidos como improcedentes (F.D1). Y les da esta calificación, porque sigue el planteamiento establecido por la STS de 21 de abril de 2015 (R. 2261/2013), que considera la inexistencia de nulidad, porque no era obligado acudir al procedimiento de despido colectivo, al no tratarse de ceses debidos a la iniciativa del empresario (SAE), lo que supondría el cómputo ex art. 51.1 ET, sino que lo fueron por imposición de la Ley, circunstancia que les excluye de ese umbral (F.D 2).

En relación a los Promotores de Empleo, 413 en total, fueron contratados por el SAE en abril de 2011 mediante un contrato por obra o servicio de duración determinada en principio hasta el 31/12/2011, en virtud, como ya hemos comentado, del art. 15 del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, para realizar las tareas de atención directa y personalizada a las personas desempleadas, de información a las empresas y prospección del mercado laboral de su entorno, y de seguimiento de las actuaciones realizadas con las personas desempleadas y las empresas. El día 1/01/2012, dicho contrato se prorrogó hasta el 31/12/2012, plazo previsto inicialmente en el Real Decreto Ley 13/2010, y se incluyó una Cláusula Adicional supeditándolo a financiación regulada en dicho Real Decreto Ley. Dicho plazo fue modificado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que estableció un nuevo plazo para el Plan PEMO con fecha de finalización hasta el 30/06/2012, procediéndose por parte del SAE al despido de los 413 Promotores de Empleo en dicha fecha. El día 20/08/2012 los 413 Promotores de Empleo suscribieron un nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial con el SAE con el objeto de “*atender exigencias coyunturales o acumulación de tareas consistentes en apoyo técnico para las oficinas d empleo*”⁶⁸⁹.

La representación procesal de los Promotores de Empleo pretenden que los contratos de estos sean declarados fraudulentos y nulos por no haberse seguido los trámites que corresponden al despido colectivo, al afectar el cese a un número de 413 trabajadores, y por tanto, haberse vulnerado los trámites establecidos en el art. 51 ET.

⁶⁸⁹ STSJA de 4 de diciembre de 2014, (R. 2569/2013) Antecedentes de Hecho 2.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera de 18 de junio de 2013 (autos núm. 823/12), declaró procedente y válido el despido por el SAE de una Promotora de Empleo, basándose en que el contrato había sido celebrado al amparo del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre y que el art. 17 de este, estableció las actuaciones a desarrollar por el personal contratado como refuerzo, cómo figuraba en la cláusula primera del contrato, por lo que se presume que el objeto del contrato está definido, a diferencia de lo que argumentó la parte demandante.

Por su parte, la STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2014 (R. 2569/2013), que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Jerez de la Frontera de 18 de junio de 2013, se va a pronunciar en el mismo sentido que lo hizo la STS de 23 de septiembre de 2014 (R. 1303/2013), esto es, declara que el Plan PEMO “*carece de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, tal y como exige el art. 15.1 a) ET*”, ya que las tareas realizadas son las que “*habitualmente se desarrollan en los servicios de empleo [...] Explícitamente reconoce el legislador que tales medidas suponen un refuerzo del personal en los Servicios Públicos de Empleo*”. Por tanto, la contratación temporal efectuada no cumple los requisitos del art. 15 ET y del art. 2.2 del Real Decreto 2270/1998, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, por lo que se debe considerar que la contratación fue fraudulenta e indefinida (FD 2)⁶⁹⁰.

La recurrente solicita la nulidad del despido alegando que, a pesar de haberse prorrogado el contrato hasta 31 de diciembre de Diciembre de 2012, se produjo el cese anticipado debido a una insuficiencia presupuestaria, cese al que se le debía haber aplicado, en virtud del número de trabajadores afectados (413), el art. 52 e) ET en relación a la D.A 20 ET. En base a las pretensiones de la actora, la consideración de que se trata de un despido de personal indefinido y de que se estima superado el umbral mínimo que exige el art. 51 ET para aplicar el despido objetivo, la Sala declara la nulidad del despido (FD 3).

Conviene que nos detengamos a analizar la STS de 21 de abril de 2015, al ser de

⁶⁹⁰ BOE 8 de enero de 1999, núm. 7.

gran importancia para nuestro estudio y crear precedentes en la calificación de las extinciones que afectaron tanto a los Asesores como a los Promotores de Empleo. El pronunciamiento, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte reclamante contra la STSJA de 22 de enero de 2014 (rec. 2201/13) que había declarado el despido como improcedente, analiza si el despido efectuado es nulo, por incumplimiento de los requisitos requeridos para proceder al despido colectivo, o improcedente, por incumplimiento de las formalidades legales⁶⁹¹.

La Sala considera que los contratos formalizados por los Asesores y Promotores de Empleo son indefinidos *ab initio*. Entiende el Tribunal que no pueden estimarse contratos temporales si no se identifica de manera adecuada el servicio que se debe realizar, máxime cuando se produce una absoluta indiferenciación funcional entre quienes fueron contratados al amparo de la normativa extraordinaria y los trabajadores habituales de cualquier oficina de empleo⁶⁹².

En el recurso de casación, la parte trabajadora aportó como sentencia contradictoria la dictada por el TSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2013 (R. 690/2013), que, ante hechos y pretensiones similares, declaró nulo el despido de un Promotor de Empleo.

Según el Tribunal, la sentencia de contraste justifica la declaración de nulidad del despido acudiendo a los siguientes criterios: a) que el legislador pretende evitar que se eludan por el empresario las garantías del art. 51 ET, obligando a computar a efectos de despido colectivo todos los efectuados por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador; b) que no cabe realizar una interpretación restrictiva del art. 51 ET, excluyendo de su umbral numérico las extinciones formal, aunque no materialmente justificadas, pues sería contrario a la normativa comunitaria (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos)⁶⁹³; de ser así, el ET estaría limitando el concepto de despido colectivo a

⁶⁹¹ ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal,...op.cit., pág. 2.

⁶⁹² ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal,...op.cit., pág. 2.

⁶⁹³ DOCE 12 de agosto de 1998, L 225/16.

supuestos más reducidos que los previstos en dicha Directiva; c) para la citada Directiva, no podrán excluirse del cómputo numérico aquellas extinciones producidas en fraude de Ley, al ser la naturaleza de los contratos indefinida y no temporal (F.D. 2).

Por su parte, la STS de 21 de abril de 2105, al objeto de justificar la declaración de improcedencia del despido y no de su nulidad, destaca que el art. 1.2 de la Directiva 98/59/CE, en su apartado b), prevé que la misma “*no se aplicará a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho público*”. Y señala que “*al tratarse la demandada (SAE) de una Administración Pública la citada Directiva no ha de jugar papel alguno –ni siquiera interpretativo–, debiéndose tratar la cuestión exclusivamente a la luz de las prescripciones estatutarias españolas*”. Considera también, que “*la Directiva conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el causal mucho más atenuado que en la regulación del art. 51 ET, pues solo exige que se trate de motivos no inherentes a la persona del trabajador*⁶⁹⁴” (F.D 3).

Por tanto, excluida la aplicación de la Directiva comunitaria, la Sala explica cuál debe ser “*la concreta proyección del art. 51 ET al sector público*” y hace alusión a que nos encontramos ante ceses de trabajadores contratados temporalmente (Asesores/Promotores de Empleo), que en un determinado momento alcanzan la cualidad de indefinidos y aunque en la comunicación de los ceses se hubiera podido invocar cualquier causa relacionada con las propias de un despido colectivo (agotamiento financiero, finalización del Plan Extraordinario,...), “*lo cierto y verdad es que no ha obedecido a una decisión del SAE (la iniciativa del empresario del art. 51 ET), sino a la exclusiva iniciativa del legislador*”, pues desde que la normativa dispone la finalización de los servicios el día 31 de diciembre de 2012, “*está claro que el cese no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal*” (F.D 3).

El Tribunal concluye que en casos como el actualmente enjuiciado, “*no estaríamos en presencia de una singular causa de extinción del contrato de trabajo, sino más bien de una peculiar causa de la decisión extintiva*” (F.D 4). Desde este

⁶⁹⁴ Art. 1 de la Directiva 98/59/CE.

enfoque, la normativa que ha fijado la duración máxima del Plan PEMO y la finalización de las contrataciones, no ha introducido una nueva causa legal de extinción a añadir a las del art. 49 ET⁶⁹⁵; de hecho, *“si se considerase causa extintiva, por coherencia habríamos de llegar a la conclusión de que los ceses eran ajustados a derecho y que ni tan siquiera pudieran declararse improcedentes”*⁶⁹⁶.

La Sala, para justificar la improcedencia de los despidos, acude al principio de jerarquía normativa. En su F.D 4, declara que no se precisa de la tramitación procedimental estatutaria del art. 51 ET, al atribuir la causalidad del despido a la propia norma (F.D 4).

Por tanto, podemos deducir, de esta Sentencia y de las Sentencias que están resolviendo los recursos de casación para la unificación de la doctrina presentados por los Promotores/Asesores de Empleo, que el Tribunal Supremo se está inclinando por considerar los despidos como improcedentes⁶⁹⁷.

Actualmente muchos de los Asesores/Promotores de Empleo que recurrieron sus despidos han sido reincorporados en las oficinas y centros de empleo del SAE, otros no han podido incorporarse tras ser considerados sus despidos como improcedentes por los Tribunales y no haber optado el SAE por su readmisión, y otros, se encuentran aún en espera de la respuesta de recursos planteados ante los Tribunales.

En cuanto a las tareas que están desarrollando, podríamos decir que son todas aquellas que se ejecutan dentro una oficina o centro de empleo, aunque cabe destacar la atención al ciudadano, inscripción, clasificación y actualización de las demandas de empleo para el diagnóstico individualizado y la elaboración de perfiles

⁶⁹⁵ Eduardo Rojo en, (ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal,...op.cit., pág. 5), considera que el Tribunal Supremo en ésta cuestión se está moviendo en un terreno resbaladizo.

⁶⁹⁶ ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal?...op.cit., pág. 5.

⁶⁹⁷ En este sentido, las STS de 29 de marzo de 2016 (R. 2856/2014), de 6 de abril de 2016 (R. 3401/2014), de 18 de febrero de 2016 (R. 2855/2014), de 14 de enero de 2016 (R. 2858/2014), de 23 de octubre de 2015 (R. 2859/2014), de 14 de septiembre de 2015 (R. 1945/2014), de 25 de noviembre de 2014 (R. 181/2014), de 14 de septiembre de 2015 (R. 2416/2014), de 21 de julio de 2015 (R. 1407/2014), de 17 de julio de 2015 (S. 2248/2014), de 8 de julio de 2015 (R. 1604/2014), de 18 de junio de 2015 (R. 1600/2014), de 28 de abril de 2015 (2522/2014) y 21 de abril de 2015 (R. 2261/2013).

profesionales, gestión de ofertas y anuncios de empleo, intermediación, etc.

5. La incertidumbre sobre las tareas que puede desempeñar el personal laboral subrogado

Desde que se produjo la reordenación del sector público en Andalucía, con la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, hasta la actualidad se ha mantenido una gran incertidumbre sobre qué tareas puede realmente desempeñar el personal subrogado, no constando hasta el momento que haya sido aprobado el tan esperado Catálogo de Puestos de Trabajo de la Agencia SAE.

Es conveniente que volvamos a hacer alusión a la Resolución de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo de fecha 7 de febrero de 2012, que se dictó para garantizar el cumplimiento de la STSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2011, y que introdujo una serie de instrucciones respecto de las tareas que debía desarrollar el personal subrogado⁶⁹⁸.

La Instrucción Primera ordenaba a los responsables de personal *“mantener un tratamiento autónomo y diferenciado del personal subrogado respecto de los empleados públicos, es decir, funcionarios y laborales de la Junta de Andalucía”*. Por su parte, la Instrucción Sexta no permitía el acceso informático por parte del personal subrogado a cualquier tipo de intervención u operación que lleve implícita la ejecución de potestades públicas reservadas al funcionario.

No hace mucho, el día 4 de febrero de 2016, se aprobó la Instrucción 1/2016, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, sobre cobertura con carácter

⁶⁹⁸ Resolución de la Dirección-Gerencia del SAE por la que se aprueban las medidas para garantizar el cumplimiento de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Sevilla, dictada en el recurso de apelación núm. 466/2011 en el procedimiento especial de derechos fundamentales, por la que se acuerda la suspensión cautelar de la Resolución dictada por la Secretaría General para la Administración Pública, con fecha 20 de abril de 2011, por la que se aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el SAE. (*Informe sobre el proceso de reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo en el marco de la reordenación del sector público en Andalucía*). Documento disponible en Internet: <http://image.slidesharecdn.com/informereordenacionsae-120723103536-phpapp02/95/...>; <http://es.slideshare.net/losotrotrabajadores/informe-sobre-el-proceso-de-reestructuracin-del-servicio-andaluz-de-empleo-junta-de-andaluca>); <http://www.sindicatosaf.es/images/stories/documentos/NOTICIAS/Actualidad/2012/marzo/protocolo%20subrogaciondef.pdf>; <http://docslide.com.br/news-politics/informe-sobre-el-proceso-de-reestructuracion-del-servicio-andaluz-de-empleo-junta-de-andalucia.html>

provisional de necesidades de plantilla en el ámbito de la Agencia por parte de personal laboral propio⁶⁹⁹. Las alusiones a personal laboral propio deben entenderse referidas al personal subrogado.

Esta Instrucción ha sido objeto de crítica por sindicatos (entre ellos CSIF y SAF), empleados públicos y algún que otro medio de comunicación. Así, el día 26 de febrero de este año publicaba el diario ABC el siguiente titular “La Junta crea puestos a medida para sus 1.118 empleados sin funciones”. El diario hace mención a que el SAE ha encontrado una salida laboral de urgencia para algunos de los 1.118 trabajadores que tiene en nómina sin unas funciones definidas, tras firmar el Director Gerente de la Agencia SAE una Instrucción que le permite dar cobertura provisional, esgrimiendo razones de urgencia u oportunidad, a determinadas necesidades de plantilla con personal laboral propio del organismo. Continúa informando que en la Instrucción, el Director Gerente reconoce la dificultad para reasignar tareas a los ex FAFPE, así como al antiguo personal adscrito a los Consorcios UTEDLT y que los convenios colectivos que regulan las relaciones jurídicas del personal laboral propio de esta Agencia no recogen procedimientos de cobertura con carácter provisional de puestos de trabajo.

El artículo publicado añade que el CSIF está en contra de este sistema y advierte que el SAE está intentando dar una solución a esos trabajadores fuera de catálogo, advirtiendo que la solución arbitrada pasa por asignarles unas potestades públicas que no pueden realizar este personal propio pues, como hemos visto a lo largo de este trabajo, dichas funciones sólo pueden ser desempeñadas por funcionarios públicos.

También, el SAF ha mostrado su oposición a dicha Instrucción, y así lo hace ver en el comunicado informativo de fecha 8 de marzo de 2016 (“El SAE pretende crear puestos a medida para 1.118 empleados sin funciones”). Informa de que la referida Instrucción 1/2016, puede suponer un fraude de Ley en tanto que puede servir para promocionar a determinadas personas al margen de los procedimientos legales

⁶⁹⁹El documento puede consultarse en la siguiente dirección (05/05/2017): <file:///C:/Documents%20and%20Settings/alumno/Mis%20documentos/Downloads/instruccion%20sae.pdf>; <http://uitasaecadiz.blogspot.com.es/p/lagislacion.html>

previstos. Destaca esta entidad que la Instrucción no desarrolla ni fija las reglas de aplicación de una disposición reglamentaria existente, sino que ella misma constituye regulación reglamentaria, cuyo objeto es la provisión provisional de puestos de trabajo, no existiendo ninguna otra disposición de carácter general que regule dicha materia,; el hecho de actuar sin fundamentación ni habilitación legal alguna constituye una infracción del principio de legalidad y una usurpación de la potestad reglamentaria por parte del órgano que dicta la Instrucción, ya que se arroga la competencia que corresponde a la Presidencia y al Consejo de Gobierno: la de determinar qué puestos deben ser desempeñados por funcionarios y cuales por personal laboral, así como determinar la naturaleza y contenido funcional del puesto.

Incide igualmente la entidad sindical en que tal atribución transgrede el régimen previsto en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público en Andalucía, disposición que prevé, lo hemos visto ya, que el personal se integrará en la nueva entidad de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas y en las condiciones que establezca el protocolo de integración. El protocolo de integración dispuso que el personal laboral de la FAFPE mantendrá las mismas condiciones laborales y retributivas que tenía en la fundación. Por último, denuncia la organización, las funciones que se están encomendando a los puestos convocados por el SAE, forman parte de la reserva funcional funcionarial que rige nuestro modelo constitucional de Administración Pública.

En el mismo sentido, y para intentar paliar la incertidumbre suscitada desde que se produjo la reordenación del sector público en Andalucía, sobre las funciones que puede desempeñar el personal subrogado en la Agencia SAE, se introdujo una Disposición adicional en el Decreto-Ley 1/2016 de 15 de marzo (que se modifica la Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo, el Decreto-Ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+, y el Decreto-Ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el programa Emple@30+)⁷⁰⁰.

Esta Disposición Adicional, concretamente la que lleva por título “Participación

⁷⁰⁰ BOJA 22 de marzo de 2016, núm. 55.

del personal laboral en la prestación de servicios y desarrollo de programas”, introduce una serie de funciones que podrán ser desarrolladas por el personal laboral subrogado (personal laboral propio) en la Agencia SAE.

En su apartado primero establece que las funciones correspondientes a los servicios y programas que se presten en las oficinas de empleo en ejecución de las funciones relativas a la gestión de las políticas activas de empleo por la Agencia SAE, podrán ser desempeñadas por el personal laboral de la citada agencia, y en particular los servicios de: a) inscripción, clasificación y actualización de la demanda de empleo para el diagnóstico individualizado y la elaboración de perfiles profesionales; b) diseño del itinerario personalizado para el empleo; c) acompañamiento personalizado en el desarrollo del itinerario y el cumplimiento del compromiso de actividad; d) asesoramiento y ayuda técnica adicional para la definición de su currículum y la aplicación de técnicas para la búsqueda activa de empleo; e) información y asesoramiento adicional sobre la situación del mercado de trabajo y la oferta formativa; f) apoyo a la gestión de la movilidad laboral; g) gestión de las ofertas y anuncios de empleo; h) información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la activación; i) apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente.

Podríamos decir que la disposición se está refiriendo a todas las tareas que se desarrollan en las oficinas de empleo, excepto el registro de documentos administrativos y la dación pública, aspectos que atribuye, en su apartado segundo, al personal funcionario.

En atención a la D.A Primera, debemos llevar a cabo algunas consideraciones que pueden resultar de interés.

En primer lugar, el Gobierno autonómico, para intentar buscar una solución a la indefinición y falta de funciones que viene soportando el personal subrogado en la Agencia SAE desde 2011, introduce una disposición adicional en un Decreto Ley relacionado con medidas de inserción laboral y fomento del trabajo, materias que nada tienen que ver con el régimen jurídico aplicable al personal laboral de la Agencia.

Resulta sorprendente que una cuestión, que lleva suscitándose varios años, concretamente desde el año 2011, se quiera resolver por el Gobierno andaluz a través de la figura del Decreto Ley que, según señala el art. 110 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía⁷⁰¹, sólo puede dictarse por el Consejo de Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad⁷⁰².

En segundo lugar, debemos recordar que el EBEP no delimita las funciones que corresponderán al personal funcionario y al personal laboral, sino que deja su desarrollo a las Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma.

En este contexto, y en atención a la reserva de Ley en materia de función pública que establece el art. 103.3 CE, la STC 99/1987 declaró que son las leyes reguladoras de la función pública las que deben determinar en cada caso qué funciones públicas corresponde ejercer al personal funcionario en exclusiva y cuáles pueden ser desempeñadas por el personal laboral. Y, esta decisión no puede ser remitida en blanco por la Ley a los Gobiernos y Administraciones Públicas⁷⁰³, como intenta hacer el Gobierno autonómico a través de esta disposición adicional en la figura del Decreto Ley.

En tercer lugar, conviene recordar el contenido del art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone: *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”*.

En este sentido, podríamos decir que la disposición analizada facilitaba al personal laboral propio de la Agencia SAE la realización de la generalidad de las

⁷⁰¹ BOE 20 de marzo de 2007, núm. 68.

⁷⁰² Conviene hacer mención también, a que como establece el art. 110.2 del EA para Andalucía *“los decretos-leyes quedarán derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no son convalidados expresamente por el Parlamento tras un debate y votación de totalidad”*.

⁷⁰³ QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones, ...op. cit*, pág. 157.

funciones que se desarrollan actualmente en las oficinas de empleo, exceptuando el registro de documentos. Particularmente, y en atención a lo dispuesto en el citado art. 9.2 del TREBEP, pienso que convendría analizar de manera pormenorizada estas funciones, porque podrían implicar la participación en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de intereses generales, funciones que sólo podrán ser desarrolladas por personal funcionario.

Por su parte, el Pleno del Parlamento de Andalucía, el 6 de abril de 2016, en sesión celebrada los días 6 y 7 del mismo mes y año, acordó la no convalidación del citado Decreto Ley 1/2016, de 15 de marzo, siendo rechazado y derogado este Decreto Ley mediante Resolución de 6 de abril de 2016, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación de la derogación del Decreto Ley 1/2016, de 15 de marzo. La sesión ha contado únicamente con los votos a favor del PSOE-A, la abstención de Ciudadanos (C's) y el rechazo de los demás grupos (PP-A, Podemos e IULV-CA)⁷⁰⁴.

En consecuencia, actualmente, y como ya hemos mencionado en el apartado anterior, al personal propio del SAE se le han encomendando tareas que podrían no implicar ningún tipo de potestad pública, entre las que se encuentran las de dinamización de los puntos de información, las vinculadas con la orientación a personas desempleadas en la búsqueda de empleo y las de atención personalizada a las entidades empleadoras en materia de recursos humanos y empleo.

⁷⁰⁴ Según informa el periódico *Europa Press* en artículo publicado el día 6 de abril de 2016 en relación a la posición de los distintos grupos parlamentarios con respecto a la convalidación del Decreto Ley 1/2016, de 15 de marzo, señala que el diputado del PP-A Miguel Ángel Torrico ha aseverado que no va a tolerar que bajo la excusa de la aplicación del Decreto-Ley intenten encubrir la entrada de empleados de la extinta FAFPE en la función pública asumiendo potestades administrativas a través de la citada disposición adicional primera. Por su parte, el diputado de Podemos Jesús Romero ha criticado igualmente el abuso de la Junta de la fórmula del decreto, que no la ha considerado justificada en este caso, entre otros motivos, por cuestiones formales, señalando también que la citada disposición no tiene nada que ver con el objeto del decreto. También informa, de que por parte de Ciudadanos ha intervenido el parlamentario Carlos Hernández White, que ha acusado al Gobierno andaluz de no haber sido transparente y haber jugado sucio introduciendo una disposición adicional sin hablarla ni consultarla. Por su parte por IULV-CA ha intervenido el diputado José Antonio Castro, que ha expresado la tremenda decepción de su grupo por el debate del Gobierno andaluz con un Decreto-Ley que introducía cambios necesarios, pero cuyo contenido se cargan con la D.A 1ª, que ha definido como una puñalada traperera desde el punto de vista jurídico- técnico. La intervención de la parlamentaria socialista Noelia Ruiz ha defendido los planes de empleo vinculados a este decreto y ha aseverado que el mismo limita las funciones para el personal laboral y en ningún caso invaden las potestades públicas reservadas para los funcionarios, manifestando que este decreto constituye una defensa de lo público.

Por último, y en relación con la indefinición de tareas que puede desempeñar el personal laboral subrogado, debemos considerar la situación de incertidumbre que deben estar sufriendo estos trabajadores. A estos efectos, debemos considerar que no podemos poner en duda su cualificación y profesionalidad, aunque hayan podido ser los grandes beneficiados del proceso de reordenación del sector público andaluz. Y aunque podemos estar, o no, de acuerdo con dicho proceso, con las Sentencias del TS que han declarado conforme al Ordenamiento Jurídico la reordenación, en ningún caso, debemos atribuir a este personal la responsabilidad de las decisiones políticas que han originado todo este proceso.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Con carácter general, el personal al servicio de la Administración Pública debe ostentar la condición de funcionario, siendo posible el recurso al personal laboral en los supuestos y condiciones tasados por la ley.

Pese a las diversas posiciones doctrinales que en los últimos años se han sucedido en el panorama jurídico español sobre qué régimen o regímenes jurídicos deben ser de aplicación al personal al servicio de las Administraciones Públicas, en nuestro país, se ha optado por un sistema mixto y dual de función pública, que se basa tanto en el sistema de empleo público como en el Derecho laboral, rigiéndose parte del personal por el Derecho Administrativo y parte por el Derecho laboral.

El proceso de laboralización de la Administración Pública española iniciado durante los primeros años de la democracia y acentuado con la aprobación de la LMRFP que, en un principio, permitió la coexistencia de personal laboral y funcionario, sin dar preferencia a unos sobre los otros, fue frenado por el Tribunal Constitucional (STC 99/1987) que, tras las dudas generadas por nuestra Constitución al no delimitar con claridad el modelo público por el que se opta, realiza una primera interpretación sobre el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública establecido por la misma, sentando el criterio de que la Constitución ha optado, con carácter general, por un modelo que ha de descansar principalmente sobre el régimen funcionarial, siendo la Ley la que deberá determinar en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública.

Aunque es cierto que ambos regímenes jurídicos (funcionarial y laboral) son cada vez más homogéneos y tienen más cosas en común, la legislación actual continua la tendencia establecida por la doctrina constitucional, y aunque considera al régimen funcionarial cómo el régimen general de empleo público en nuestro país, mantiene la dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Para diferenciar ambos regímenes va a dotar al personal funcionario de un estatus sobre una serie de funciones y tareas que sólo este podrá

desarrollar, y se trata de aquellas que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA: El EBEP para referirse a los distintos tipos de personal que prestan servicios en las Administraciones Públicas introduce el concepto de empleado público y clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido y temporal.

Como es sabido, el EBEP, al ubicar entre el contrato fijo y el temporal el contrato indefinido, incorpora una novedad legislativa, que se separa de la clasificación establecida por la normativa laboral. Esta modalidad de contratación, fruto de la transformación de un contrato temporal en indefinido por haberse incurrido en fraude de ley, nace de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para buscar un equilibrio entre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y el principio de estabilidad en el empleo.

No obstante, para diferenciar al trabajador fijo del trabajador indefinido al servicio de la Administración ha habido que acudir a sede jurisprudencial. La condición de trabajador fijo se adquiere mediante la superación de un proceso selectivo que respetará los principios de igualdad, mérito y publicidad, mientras que el indefinido no consolidará su estabilidad hasta que supere un proceso selectivo que respete dichos principios. El trabajador fijo goza de estabilidad, mientras que el contrato del trabajador indefinido carece de vocación de permanencia, extinguiéndose cuando se cubre el puesto desempeñado mediante un proceso selectivo o por su amortización.

A diferencia de lo que ocurre en las relaciones laborales privadas, en el ámbito público el contrato temporal ilegal aunque pase a convertirse en indefinido, en realidad mantiene su carácter temporal y provisional, al estar sometido a una duración incierta prolongada sólo hasta que se cubra la plaza que ocupa. Sólo logrará la condición de fijeza si supera el correspondiente proceso selectivo que celebre la Administración.

Es cierto que el uso de técnicas fraudulentas por parte de las Administraciones Públicas a la hora de contratar al personal temporal, está llevando en numerosas ocasiones a que los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley se conviertan en contratos indefinidos. Esto está causando un gran perjuicio a las Administraciones Públicas, que están sufriendo un gran incremento en sus gastos destinados a personal, consecuencia de indemnizaciones y readmisiones de personal.

Hay que destacar, que fruto de las resoluciones judiciales que condenan el fraude de ley en las Administraciones Públicas, se está incorporando un gran número de personal a la Administración, aumentando, de este modo, de manera notable el gasto de las Administraciones Públicas en el Capítulo de personal, que a veces se hace insostenible. Además, al quedar cubiertas con este personal (personal indefinido no fijo) las necesidades en recursos humanos de las Administraciones Públicas, se está perjudicando a aquellos ciudadanos que quieran acceder a desarrollar un puesto de trabajo en las mismas, al verse mermadas las Ofertas de Empleo Público, pudiendo ocasionarse una obstrucción en el derecho de los ciudadanos a acceder a un empleo público.

No obstante, aunque el personal laboral indefinido no tenga vocación de permanencia y que su relación laboral puede ser extinguida por cobertura reglamentaria o amortización del puesto, en pocas ocasiones las Administraciones pasan a cubrir o a amortizar los puestos que ocupa este personal.

TERCERA: El nombramiento de personal funcionario interino y estatutario temporal por las Administraciones Públicas durante largos periodos de tiempo puede abrir un nuevo camino con respecto al régimen jurídico a aplicar a dicho personal.

Podemos decir, que aunque es cierto que la Administración ha abusado del nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, que en principio fueron contratados de manera transitoria para atender circunstancias de urgencia y necesidad y para cubrir periodos de corta duración, en la mayoría de las ocasiones este personal se ha mantenido ocupado durante largos periodos de tiempo, sufriendo una situación de gran inestabilidad profesional.

Aunque existe gran similitud entre las causas que deben concurrir para llevar a cabo la selección de personal funcionario interino y los supuestos en que se podrán celebrar contratos de duración determinada establecidos por la legislación laboral, el legislador no ha optado tampoco en estos casos por establecer un único régimen jurídico que regule la relación de carácter temporal en las Administraciones Públicas. Aún tratándose en ambos casos de relaciones de carácter temporal, el personal laboral goza de un mayor nivel de garantías que el funcionario interino y el estatutario temporal.

El Derecho Comunitario pretende evitar la precarización de los trabajadores, impidiendo que las personas trabajadoras se vean afectadas por una sucesión injustificada de contratos o nombramientos temporales, e incluye dentro de su ámbito de aplicación a los que sostienen una relación de carácter temporal tanto de carácter público como privada.

La cuestión más significativa va a surgir de la jurisprudencia del TJUE cuando hace referencia a la diferente protección y posible existencia de discriminación que se produce entre el personal laboral y el estatutario temporal y funcionario interino, por la garantía de estabilidad que se otorga a los primeros cuando el contrato se haya celebrado en fraude de ley, y de la que no disfrutaban ni el personal funcionario ni el estatutario. De esta forma, establece como una medida apta para sancionar la utilización abusiva de las relaciones de duración determinada la asimilación del funcionario interino y el estatutario temporal a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, lo que puede dar lugar a una modificación del régimen jurídico de este personal.

CUARTA: Para encontrar la neutralidad política de la Administración al servicio de los intereses generales, el acceso a la función pública deberá de llevarse a cabo respetando en todo momento los grandes principios de igualdad, mérito y capacidad.

A nuestro juicio, el personal al servicio de la Administración Pública y, por tanto, al servicio de los intereses generales y de los ciudadanos, debe ser neutral e imparcial en su actuación, debe ser indiferente a las diferentes opciones políticas que

gobiernen durante el tiempo que desempeñe su trabajo, y actuar, siempre, con estricto sometimiento a la ley y normativa en vigor. El personal que ha accedido a la función pública a través de sus méritos y capacidad, mediante una convocatoria pública, compitiendo en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos que hayan querido optar libremente a acceder a la misma, no se deben más que a la ley, a la normativa que se encuentre en vigor, a sus deberes y obligaciones profesionales, a los ciudadanos y al interés general.

El EBEP pretende que el procedimiento de selección del personal laboral alcance el mismo grado de objetividad y garantía que el del personal funcionario. Para ello, va a reconocer por primera vez al personal laboral un conjunto de principios rectores por los que se tendrá que regir para poder ser seleccionado por la Administración Pública (igualdad, mérito, capacidad, publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica de los órganos de selección, adecuación entre los procesos selectivos y funciones a desarrollar y agilidad), apartándose en esta materia de las normas laborales, siéndole únicamente aplicable en materia de selección el este Estatuto y las normas de derecho administrativo.

No obstante, en materia de sistemas selectivos establece para el personal laboral un régimen mucho más flexible que para los funcionarios públicos, al poder acudir la Administración para la selección del personal laboral fijo, indistintamente, a los sistemas selectivos de oposición, concurso-oposición y concurso de valoración de méritos, sin establecerse ningún orden de prioridad entre tales sistemas, lo que no ocurre con el personal funcionario para el que la oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, resulte más adecuada la utilización del concurso oposición y, sólo excepcionalmente, y en virtud de ley, se podrá utilizar el concurso.

QUINTA: La diferencia básica entre el régimen jurídico funcional y el laboral se encuentra en materia de extinción de la relación laboral, al reconocerse a los funcionarios de carrera el derecho a la inamovilidad como garantía de la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Pese a que el EBEP tasa cuales son las causas de la pérdida de la condición de funcionario de carrera, tan sólo hace mención al despido disciplinario como causa de extinción de la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas, dejando la regulación del resto de supuestos de extinción del contrato de trabajo al ordenamiento laboral. Entendemos que el legislador ha perdido una gran oportunidad de regular las causas de extinción de la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas mantiene una serie de particularidades con respecto al despido del personal laboral al servicio de un empleador privado, y especialmente en materia de despido disciplinario, ofreciendo ciertas garantías, a través de un procedimiento previamente establecido, mediante separación entre las fases instructora y sancionadora, y encomendándose dichas fases a órganos distintos. También cuando el despido disciplinario por falta muy grave sea declarado improcedente procederá la readmisión del personal laboral fijo. Pienso que la readmisión sólo se extiende a este personal para premiar su acceso a través de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Debemos destacar, que el despido disciplinario del personal laboral sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Sin embargo, a diferencia del personal funcionario que no podrá volver a ejercer en la Administración Pública, el trabajador laboral podrá ser contratado por la misma u otra Administración Pública para realizar otras funciones que las que comportaron su inhabilitación.

La doctrina constitucional considera lícita la extinción del contrato por las causas válidamente consignadas en el mismo alegada como causa de extinción de los

contratos indefinidos no fijos, otorgando un trato similar al contrato indefinido no fijo y al de interinidad por vacante. En ambos contratos la provisión del puesto que ocupan provisionalmente mediante el procedimiento selectivo será causa válida para la extinción de los mismos.

SEXTA: Las entidades jurídico-privadas del sector público andaluz no pueden asumir potestades administrativas, de ahí que no puedan desarrollar de manera integral la actividad de la Administración autonómica, lo que ha llevado a un proceso de agencialización pública para integrar a estas entidades en entidades jurídico-públicas.

La Administración andaluza establece como fin de la reordenación del sector público buscar una mayor racionalización del gasto, a través de la reducción del número de entidades instrumentales, llevando a cabo actuaciones de integración, fusión, absorción y extinción de las mismas persiguiendo la creación de estructuras homogéneas que reciben el nombre de agencias.

Como sabemos, la Administración autonómica para llevar a cabo el proceso de reordenación del sector público andaluz, acude a la figura de sucesión de empresas regulada en la normativa laboral, y lo hace en virtud de una ley y siguiendo las reglas establecidas en unos protocolos de integración del personal laboral en las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. El Servicio Andaluz de Empleo adopta la configuración de agencia de régimen especial, quedando subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que era titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT.

El legislador andaluz pretende con esta nueva estructura de Administración instrumental establecer un modelo de gestión de la Administración Pública andaluza que aproveche las ventajas del sometimiento al derecho privado de las sociedades mercantiles y fundaciones públicas y los beneficios de las potestades y prerrogativas del derecho público.

Es de destacar, que el legislador autonómico amplió el ámbito de actuación de las agencias públicas empresariales atribuyéndole funciones propias de la

Administración pública autonómica haciendo coincidir sus fines con los de las agencias administrativas y de régimen especial. Es cierto, que se abre una posibilidad cierta de transferencia de la gestión ordinaria de la Administración de la Junta a las denominadas agencias públicas empresariales, mediante el diseño de un sistema administrativo que viene a conceder preferencia a entidades que, aún bajo formas de personificación pública, actúan fundamentalmente en régimen de derecho privado y con personal sometido a derecho laboral.

Como podemos recordar, el proceso de integración establecido por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, ha sido un proceso bastante conflictivo, principalmente porque el personal laboral de las entidades instrumentales públicas y privadas a que hace referencia la citada ley podrían pasar a formar parte de la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, entrando por tanto en el ámbito del TREBEP, pero sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el TREBEP y en la propia Ley 1/2011, de igualdad, mérito y capacidad.

SÉPTIMA: Con la reestructuración del sector público andaluz, el legislador autonómico se aleja del régimen que establecen las distintas leyes de función pública y la Sentencia 99/1987 al no optar por un modelo que descansa principalmente sobre el régimen funcionarial.

El legislador andaluz con la redacción de la Ley 1/2011, parece que se ha olvidado de que la LFPA continua en vigor y que ha optado, con carácter general, porque los puestos de la Administración de la Junta y de sus organismos autónomos, sean desempeñados por funcionarios públicos, relegando al personal laboral a un segundo plano.

Tras observar la prioridad que han dado las Leyes de Función Pública del resto de Comunidades que actualmente han desarrollado el EBEP al régimen funcionarial en el acceso público y en la reserva de potestades administrativas, sorprende la preferencia que mantiene en la actualidad el legislador andaluz por el personal laboral, permitiendo que sean contratados por la Administración autonómica a través de sus entidades instrumentales un número de empleados laborales que podría

superar al del personal funcionario y de laborales fijos que formaban ya parte de la Administración General de la Junta de Andalucía.

A nuestro juicio, debemos tomar en consideración las siguientes apreciaciones:

1º El hecho de que el número de empleados laborales contratados por la Administración autonómica a través de sus entidades instrumentales puede llegar a superar al del personal funcionario que forma parte de la Administración de la Junta de Andalucía, parece confrontar con las previsiones constitucionales y legales, del TREBEP, la LMRFP y la LFPA que sostienen “*con carácter general los puestos de la Administración deberán ser desempeñados por personal funcionario de carrera*”; además puede desembocar en una disminución de la imparcialidad y objetividad en la prestación de servicios públicos y en una mayor inseguridad jurídica para los ciudadanos, pudiendo llegar, incluso, con el tiempo, a mermarse los intereses generales.

2º También debido a la magnitud de este personal, posiblemente hayan quedado cubiertas todas las necesidades de personal de la Administración andaluza, incluso podría existir un exceso de dotación de la misma, produciéndose, por tanto, una obstrucción en el acceso al empleo público para aquellos ciudadanos que tengan la intención de acceder en condiciones de igualdad a un puesto público.

Con todo esto, no quiero decir que el personal integrado que desempeña puestos de trabajo en las entidades instrumentales de la Administración andaluza sea personal poco cualificado, sino todo lo contrario, se trata de buenos profesionales con un alto nivel de cualificación, y que reúnen todos los requisitos para desempeñar esos puestos.

OCTAVA: Existen discrepancias importantes entre la jurisprudencia menor de Andalucía y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al proceso de reestructuración del sector público andaluz.

La jurisprudencia del TSJ de Andalucía entiende que debemos diferenciar entre la subrogación empresarial de las normas laborales y el proceso de integración, que convierte al personal subrogado proveniente de las entidades instrumentales de modo automático en personal laboral de la Agencia con atribución de potestades y funciones públicas, quebrándose la igualdad en el acceso a la función pública.

Coincidimos con el TSJA en que la sucesión de empresas no debe resultar habilitante para cubrir puestos en las Administraciones Públicas, que sólo se podrá llevar a cabo a través de los procedimientos de oposición, concurso o concurso oposición y respetando, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad de todos los participantes.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no es de esta opinión y ha declarado ajustado a derecho el proceso de reordenación, basando su argumentación principal en que la jurisprudencia del TSJ de Andalucía desconocía que el personal subrogado ya gozaba de la condición de empleado público antes de que se iniciara el proceso de reestructuración. Va a insistir en que el personal de la FAFPE y Consorcios UTEDLT mantiene la condición de empleados públicos que ya mantenía con sus empleadores de origen, con la única diferencia que ahora el empleador pasa a ser la Agencia SAE.

Discrepamos con esta afirmación del Tribunal, porque entendemos que el personal de la extinta FAFPE no tenía la consideración de empleado público con anterioridad a que se produjera la reordenación del sector público andaluz. Las Fundaciones del Sector Público Andaluz son reguladas en la LAJA como “Entidades Instrumentales Privadas” (art. 52. 1), con personalidad jurídica privada, sin poder, en ningún caso, disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad.

Por tanto, debemos recordar que la FAFPE no era una Entidad de Derecho Público a las que hacen referencia los artículos segundos del EBEP y de la LPA, sino una Entidad de Derecho Privado con personalidad jurídica privada, sin cabida en al ámbito de aplicación de estos artículos. Debemos manifestar que la extinta FAFPE no tenía la consideración de Administración Pública, ni su personal la condición de empleado público, que sólo la poseerán aquellos/as que desempeñen funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, quedando excluido su personal del ámbito de aplicación del EBEP.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no se equivoca con el personal de los Consorcios UTEDLT, cuando declara que ya eran empleados públicos antes de que

se produjera la reordenación, ya que se trata de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada.

NOVENA: El Tribunal Supremo introduce la extinción por imperativo legal para justificar la declaración de improcedencia de los despidos de los Asesores/as y Promotores/as de Empleo y no tener que acudir a la figura del despido colectivo.

Debemos recordar la gran inseguridad jurídica que los distintos pronunciamientos judiciales, ante supuestos sustancialmente iguales, está causando a los Asesores/Promotores de Empleo, que han visto como en muchos casos se ha declarado la nulidad de sus despidos y tras el pronunciamiento de la STS de 21 de abril de 2015 están siendo declarados improcedentes.

Como es sabido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de abril de 2015 para alejarse de la aplicación de la figura del despido colectivo y tener que declarar nulos los despidos de los de Asesores/as y Promotores/as de Empleo que prestaban servicios en los Servicios Públicos de Empleo (trabajadores contratados temporalmente que alcanzaron la cualidad de indefinidos), adopta la posición de que los ceses no han obedecido a la voluntad y decisión de la Administración contratante (SAE), sino sólo y exclusivamente a la iniciativa del legislador al establecer una fecha de finalización de los contratos.

Discrepamos con la declaración del TS de extinción de los contratos por la imposición de la ley. Cómo hemos declarado nos encontramos ante contratos declarados indefinidos por fraude de ley en los que la causa alegada de extinción por el SAE es la falta de consignación presupuestaria, causa ajena a la persona del trabajador. Por tanto, no deben ser excluidos del cómputo que establece la normativa laboral para la declaración del despido como colectivo, cuando la naturaleza de los contratos, por haberse realizado en fraude de ley, no era temporal sino indefinida.

A mi parecer, con la incorporación de la extinción por imperativo legal al interpretar cuál debe ser la correcta aplicación de los despidos colectivos en el sector

público, el TS cierra las puertas a la posibilidad de acudir al despido colectivo cuando se trate de contrataciones de personal laboral en virtud de programas u otros procedimientos vinculados a una ley, justificando para este tipo de contratos cualquier actuación fraudulenta por el empleador en la contratación.

Debemos concluir, que la extinción en virtud de ley redundará en beneficio de las Administraciones Públicas, ya que al no considerarse el despido como colectivo, las Administraciones no se ven en la obligación de tener que readmitir al trabajador a su puesto de trabajo.

La suerte de los Asesores/Promotores de empleo al servicio del SAE depende de la fecha en que se han dictado las Sentencias por el Tribunal Supremo. Las dictadas con anterioridad a la STS de 21 de abril de 2015 han declarado los despidos como nulos y las que siguen a esta fecha como improcedentes. Actualmente en el SAE, muchos Asesores/Promotores de empleo están a la espera del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la improcedencia de sus despidos, mientras observan como otros compañeros Asesores/Promotores tienen sentencia firme de nulidad del Tribunal Supremo tras haber considerado su despido como colectivo.

Considero que se está dando un trato desigualdad, ante circunstancias similares, a los Asesores/Promotores perjudicados por la improcedencia de sus despidos, que verán en la mayoría de los casos extinguidos sus contratos, con respecto a los que han visto como su despido se declaraba nulo.

DÉCIMA: Desde que se aprobó la reordenación del sector público andaluz existe una gran incertidumbre sobre qué tareas pueden ser llevadas a cabo por el personal subrogado.

Debemos destacar, que el gobierno autonómico, de manera desesperada, para intentar buscar una solución a la indefinición y falta de funciones que viene soportando el personal subrogado en la Agencia SAE desde el año 2011, introdujo una disposición adicional en un Decreto Ley relacionado con medidas de inserción laboral y fomento del trabajo, que nada tienen que ver con el régimen jurídico que deba soportar el personal laboral de la Agencia.

Nos ha sorprendido que, una cuestión que lleva suscitándose varios años, más concretamente desde el año 2011, se haya querido resolver a través de un Decreto Ley, que según establece el Estatuto de Autonomía de Andalucía, sólo podrán ser dictados por el Consejo de Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad. Debemos decir que dicho Decreto ley no fue convalidado.

También debemos recordar, que el EBEP no delimita las funciones que corresponderán al personal funcionario y al personal laboral, sino que deja su desarrollo a las Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma, por lo que considero que si alguna disposición puede desarrollar las tareas que corresponderán al personal laboral de la Administración autonómica esta deberá ser la Ley de la Función Pública Andaluza que se dicte en desarrollo del EBEP.

Cómo hemos declarado, el personal subrogado viene padeciendo una indefinición de tareas desde que se inició el proceso de reordenación del sector público andaluz y aún no ha sido solucionado. En la actualidad aún no ha sido creado el catálogo de puestos de trabajo ni atribuido a este personal unas tareas específicas a través de ningún instrumento normativo. Parece que existe una gran desconfianza por parte de los dirigentes que tienen que tomar la decisión sobre que tareas puede o no desarrollar el personal laboral propio de la Agencia SAE.

Debemos concluir que esta incertidumbre no es buena ni para el personal subrogado ni tampoco para la propia organización. Para el personal subrogado porque pueden sentir una desigualdad de trato en la relación laboral, y para la Agencia empleadora porque no puede llevar a cabo una estructuración y planificación de los recursos humanos, vinculando cada puesto de trabajo al desarrollo de unas tareas determinadas, de manera eficaz y eficiente.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STC 85/1983, de 25 de octubre.
- STC 50/1986, de 23 de abril.
- STC 99/1987, de 11 de junio.
- STC 193/1987, de 9 de diciembre.
- STC 161/1991, de 18 de julio.
- STC 281/1993, de 27 de septiembre.
- STC 293/1993, de 18 de octubre.
- STC 156/1998, de 13 de junio.
- STC 86/2004, de 10 de mayo.
- STC 132/2005, de 23 de mayo.
- STC 236/2015, de 19 de noviembre.
- ATC de 4 de julio de 1988.
- STS 18-03-1991 (RJ 1991/1875).
- STS 27-01-1992 (RJ 1992/75).
- STS 27-03-1992 (RJ 1992/1880).
- STS 21-07-1992 (RJ 1992/5641).
- STS 27-07-1992 (1992/5663).
- STS 28-12-1992 (AS 1992/6277).
- STS 11-03-1993 (RJ 1993/1849).
- STS 1-12-1993 (AS 199385521).
- STS 30-12-1996 (RJ 1996/9864).
- STS 24-04-1997 (RJ 1997/3498).
- STS 20-01-1998 (RJ 1998/1000).
- STS 19-01-1999 (RJ 1999/810).
- STS 27-03-1999 (RJ 1999/3516).
- STS 27-05-2002 (RJ 2002/9893).
- STS 11-11-2003 (RJ/2004/283).
- STS 19-05-2006 (RJ 2006/2372).
- STS 27-02-2012 (RJ 2012/5028).

- STS 21-01-2013 (RJ/2013/1893).
- STS 2-10-2013 (STS 4706/2013).
- STS 30-12-2013 (STS 6374/2013).
- STS 17-02-2014 (RJ/2014/2071).
- STS 20-05-2014 (RJ/2014/4355).
- STS 17-06-2014 (R. 2351/2013).
- STS 24-06-2014 (RJ/2014/4380).
- STS 8-07-2014 (R. 2693/2013).
- STS 23-09-2014 (R. 1303/2013).
- STS 29-10-2014 (1765/2013).
- STS 12-12-2014 (RJ/2014/6769).
- STS 11-03-2015 (RJ/2015/1801).
- STS 24-03-2015 (RJ/2015/1823).
- STS 21-04-2015 (R. 2261/2013).
- STS 28-04-2015 (2522/2014).
- STS 18-06-2015 (R. 1600/2014).
- STS 8-07-2015 (R. 1604/2014).
- STS 17-07-2015 (S. 2248/2014).
- STS 21-07-2015 (R. 1407/2014).
- STS 14-09-2015 (R. 2416/2014).
- STS 23-10-2015 (R. 2859/2014).
- STS 14-01-2016 (R. 2858/2014).
- STS 18-02-2016 (R. 2855/2014).
- STS 29-03-2016 (R. 2856/2014).
- STS 6-04-2016 (R. 3401/2014).
- STS 28-03-2017 (R. 1664/2015).
- STS 30-03-2017 (R. 961/2015).
- STSJ Madrid 16-09-1994 (AS. 1994/3614).
- STSJ Andalucía 9-05-1997 (AS. 1997/3860).
- STSJ Comunidad Valenciana 12-12-1997 (AS. 1997/4767).

- STSJ Aragón 8-05-1999 (AS. 1999/1438).
- STSJ Andalucía 25-05-2009 (STSJ AND 7557/2009).
- STSJ Andalucía 7-04-2011 (STSJ AND 917/2011).
- STSJ Andalucía 2-11-2011 (STSJ AND 9371/2011).
- STSJ Andalucía 15-12-2011 (STSJ AND 15936/2011).
- STSJ Andalucía 20-02-2012 (STSJ AND 12468/2012).
- STSJ Cantabria 30-03-2012 (JUR 2012/378488).
- STSJ Andalucía 12-02-2013 (STSJ AND 2752/2013).
- STSJ Andalucía 21-02-2013 (JUR/2013/223774).
- STSJ Andalucía 7-03-2013 (STSJ AND 1618/2013).
- STSJ Andalucía 14-03-2013 (STSJ AND 1617/2013).
- STSJ Andalucía 20-03-2013 (STSJ AND 1649/2013).
- STSJ Andalucía 23-05-2013 (AS/2013/1956).
- STSJ Castilla y León 27-05-2013 (R. 690/2013).
- STSJ Andalucía 22-01-2014 (R. 2201/13).
- STSJ Andalucía 25-11-2014 (R. 181/2014).
- STSJ Andalucía 4-12-2014 (R. 2569/2013).
- STSJ Andalucía 22-01-2015 (R. 2952/2013).
- STSJ Andalucía 15-04-2015 (S. 2770/2015).
- STSJ Andalucía 21-04-2015 (R. 2261/2013).
- STSJ Andalucía 28-04-2015 (R. 2522/2014).
- STSJ Andalucía 14-05-2015 (S. 4533/2015).
- STSJ Andalucía 21-05-2015 (S. 4504/2015).
- STSJ Andalucía 3-06-2015 (S. 5625/2015).
- STSJ Andalucía 11-06-2015 (S. 5512/2015).
- STSJ Andalucía 18-06-2015 (R. 1600/2014).
- STSJ Andalucía 8-07-2015 (R. 1604/2014).
- STSJ Andalucía 17-07-2015 (S. 2248/2014).
- STSJ Andalucía 21-07-2015 (R. 1407/2014).
- STSJ Andalucía 14-09-2015 (R. 1945/2014).

- STSJ Andalucía 17-09-2015 (S. 10047/2015).
- STSJ Andalucía 23-09-2015 (S. 9667/2015).
- STSJ Andalucía 23-10-2015 (R. 2859/2014).
- STSJ Andalucía 10-11-2015 (S. 12110/2015).
- STSJ Andalucía 26-11-2015 (S. 12277/2015).
- STSJ Andalucía 14-01-2016 (S. 306/2016).
- STSJ Andalucía 18-02-2016 (S. 1174/2016).
- STSJ Andalucía 29-03-2016 (R. 2856/2014).
- STSJ Andalucía 31-03-2016 (S. 923/2016).
- STSJ Andalucía 6-04-2016 (R. 3401/2014).
- STSJ Andalucía 6-04-2016 (R. 3401/2014).
- SJS nº 3 Jerez de la Frontera 18-06-2013 (Auto 823/12).
- STJCE 17-12-1980 (Asunto 149/1979).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades”, *RMTEI* núm. 93, 2011.
- ALONSO OLEA, M., “*Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas*”, Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, Civitas, 1989.
- ARENAS VIRUZ, M., “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *TEMAS LABORALES* núm. 129, 2015.
- ARUFE VARELA, A., “*Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: Una anomalía jurisprudencial y legal*”, *RGDTYSS*, núm. 40, 2015, págs. 99 y ss.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, “Más precisiones sobre concepto de despido colectivo a la luz del TJUE (STJUE 11.11.15), Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 11 de noviembre de 2015.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I, “Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS de 28/03/2017 vs STS de 30/03/ de 2017)”, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 24 de abril de 2017.
- BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Régimen jurídico del proceso selectivo restringido*, Barcelona, Cedecs, 2005.
- CAMARA DEL PORTILLO, D., “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida (Comentario a la Sentencia 99/1987, de 11 de junio)”, *REDA*, núm. 57, 1988.
- CAMPOS DAROCA, J.M., *Empleo público laboral, puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales, y extinción de la relación laboral*, Málaga, Fundación Asesores Locales, 2011.

- CARRASCO CANALS, C., “La Función Pública española en la actualidad. (La reforma y perspectivas de futuro), *RAP* núm. 107, 1985.
- CARRIZOSA PRIETO, E., “Crónica de los Tribunales. Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El despido improcedente y la readmisión inmediata de los trabajadores de la Administración Pública”, *Boletín de Función Pública del INAP* núm. 5, octubre de 2011.
- CHAMIZO DE LA RUBIA, J., *Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*, dPA defensor del pueblo andaluz, noviembre de 2007.
- CORDERO SAAVEDRA, L., “Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?”, Pamplona, Aranzadi Social núm. 3, 2000.
- DEL SAZ, S., “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *RAP* núm. 133.
- DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *RMTEI* núm. 93, 2011.
- DESDENTADO DAROCA, E, *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete, Ed. Bormazo, 2014.
- DE SOTO RIOJA, S., en “La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del derecho del trabajo, el derecho administrativo y los imperativos de naturaleza económica”, Lección inaugural curso 2012-2013, *Universidad de Huelva*, septiembre de 2012.
- Empleo de personas con discapacidad. Relaciones de trabajo, seguridad social y protección social de las personas con discapacidad (DOC 2005/136).

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, IAAP, 2006.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate*, Sevilla, Revista Andaluza de Administración Pública nº 80, 2011.
- Fuentes del Derecho: Caracterización del Derecho del Trabajo, Aranzadi, DOC 2003/3.
- FUENTES RODRÍGUEZ, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Administración Pública”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2014.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 198.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J., “El Servicio Andaluz de Empleo”, *Temas Laborales*, núm. 68, 2003.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española”, *RDP*, núm. 83, 1981.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Navarra, Aranzadi, 2009.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1995.
- LUQUE CASTILLO, FJ., “Las políticas activas de empleo en la Andalucía actual: marco normativo, recursos disponibles y red de actores”, *Los actores de las políticas sociales en contextos de transformación, III Congreso Anual de la REPS*.
- MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Comunicado del Defensor del Pueblo Andaluz, de 3 de noviembre de 2015, sobre las personas trabajadoras del extinguido

plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo.

- MARIAL JIMÉNEZ, M., “El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (Un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *TAL* núm. 36, 1990.
- MARÍN ALONSO, I., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Vigésima edición, Madrid, Tecnos, 2011.
- MERINO SEGOVIA, A., *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Albacete, Bomarzo, S.L, 2014.
- MESA VILA, M., *Fundaciones del sector público andaluz*, Sevilla, IAAP, 2009.
- MIÑARRO YANINI, M., “Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. Contratos de indeterminados: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J., MORENO VIDA, M., ALMENDROS GONZÁLEZ, M., MALDONADO MOLINA, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J., *Manual de Empleo Público (instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas)*, Granada, Comares, 2010.
- MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *RMTEI* núm. 93, 2011.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 5ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1991.

- QUESADA LUMBRERAS, J., *La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica núm. 317, septiembre-diciembre de 2011.

- RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2011.

- REBOLLO RUIZ, M., *Jornadas de Estudios Sobre Consorcios Locales*, Granada, CEMCI, Temas de Administración Local, 1995.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, Pamplona, *Aranzadi*, BIB 2010/2130.

- ROJO TORRECILLA, E., “Despidos colectivos, y TJUE. Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40, 41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Nota a la sentencia de 11 de noviembre (asunto C-422/14). Aplicación de la doctrina del TJUE por el TS”, El Blog de Eduardo Rojo, 14 de noviembre de 2015.

- ROJO TORRECILLA, E., “Los Alpes (andaluces) y los ERES. Una nota a dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestiman las demandas interpuestas por sus representantes”, El Blog de Eduardo Rojo, 9/07 2013.

- ROJO TORRECILLA, E., “FAFFE, Consorcios UTEDLT, Los Alpes, ASAE, ERES. Detrás de las siglas, el debate sobre el mantenimiento del empleo y las condiciones de acceso y promoción en el sector público. Una nota a la STS (C-A) de 2 de octubre”, El Blog de Eduardo Rojo, 13/10/2013.

- ROJO TORRECILLA, E., “¿Extinción contractual por imperativo legal y no por decisión empresarial? ¿Despidos improcedentes a efectos del umbral de los despidos colectivos? Inaplicación de la Directiva de 1998 a los despidos en el sector público? Notas a la importante STS de 21 de abril (Caso Servicio Andaluz de Empleo), El Blog de Eduardo Rojo, 11/06/2015.

- ROJO TORRECILLA, E., “Sigue la saga De Diego Porras..., aunque sea por omisión o silencio. Notas a la sentencia del TS de 28 de marzo de 2017. Indemnización de 20 días/año para personal indefinido no fijo en caso de cobertura de la plaza y subsiguiente extinción contractual”, El Blog de Eduardo Rojo, 10/04/2017.

- ROMERO HERNÁNDEZ, F., *Jornadas de Estudios Sobre Consorcios Locales*, Granada, CEMCI, Temas de Administración Local, 1995.

- ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de las materias comunes”, Seminari sobre relacions col·lectives, Federació De Municipis de Catalunya, 2008.

- RUBIO DE MEDINA, M., “Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, Acceso al empleo público y personas discapacitadas: la comprobación de la aptitud”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de temas laborales, 2015.

- SAINZ MORENO, F., “El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988”, *RAP* núm. 117.

- SALA FRANCO, T., “La contratación temporal en la Administración Pública”, Poder Judicial núm. 3, 1986.

- SALA FRANCO, T., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015.

- SALAS PORRAS, M., *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio*” en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública 6ª edición*, Madrid, Tecnos, 2011.
- SEMPERE NAVARRO, A., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra, Aranzadi, 2015.
- *Sector Público Empresarial y Fundacional, Composición y estructura 2012*, Intervención General de la Administración del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda.
- SUAY RINCON, “La reforma de la Función Pública. Su impacto sobre la burocracia española”, *REDA*, núm. 56, 1987.
- TOSCANO GIL, F., *El consorcio administrativo en la encrucijada*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, REALA nº 3, enero-junio 2015, pág. 3.
- VALLECILLO GÁMEZ, M., “Despidos colectivos y reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo. La irresoluta decisión de extinción de contratos del personal de las UTEDLT”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2014.
- VALLECILLO ORELLANA, A., “El despido colectivo del personal ALPE de la Junta de Andalucía”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 43, 2016.
- VIDA FERNÁNDEZ, R., “El contenido de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2014.
- VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

